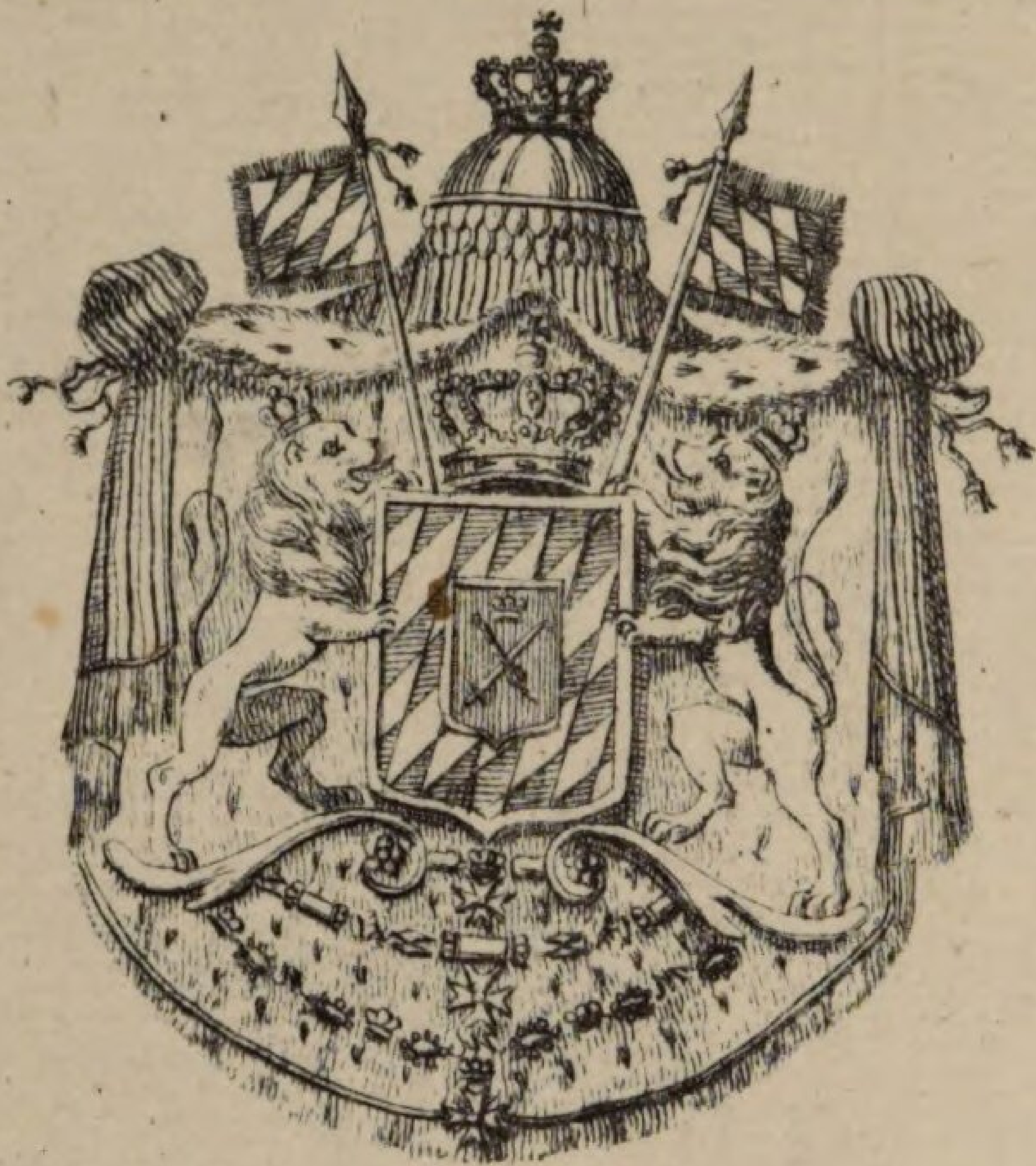
J. gr.a.d.
97 m.



BIBLIOTHECA
REGIA
MONACENSIS.

E
<36611045710018

<36611045710018

Bayer. Staatsbibliothek

Theorie des gerichtlichen Verfahrens in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten

von

D. Karl von Grolman
Kanzler der Universität Giessen.

Vierte verbesserte Auflage.

Giessen 1819,
bey Georg Friedrich Heyer.

152. D

Non ego sum veterum, nec assecla novorum.
Si quid veri invenio, diligo.

BIBLIOTHECA
REGIA
MONACENSIS.

Seinen Freunden

dem Herrn von Almendingen

und

dem Herrn von Feuerbach

widmet diese Schrift

der Verfasser.

Vorrede.

Eine Wissenschaft kann in gröſseren und kleineren Werken vortrefflich bearbeitet seyn, ohne daſs darum das Unternehmen eines academischen Lehrers, die Zahl der vorhandenen Lehrbücher über diese Wissenschaft durch ein neues zu vermehren, absolut verwerflich, oder auch nur tadelnswürdig scheinen müſste. Wenn das neue Lehrbuch sich nur wirklich in der Behandlungsart seines Gegenstandes (nicht etwa bloſs in den Worten) von seinen Vorgängern unterscheidet, und die Wissenschaft durch dasselbe nicht rückwärts geführt wird, so sehe ich

wenigstens nicht ein, wie der Verfasser desselben, welcher das Bedürfniſs eines eigenthümlichen Leitfadens für seine Vorlesungen als den einzigen Grund seines Unternehmens angiebt, Tadel verdienen könne. Im Gegentheile scheint mir das durch ein solches Unternehmen documentirte Bestreben des academischen Lehrers, seinen Zuhörern, auf die nach seinem Urtheile beste Art, nützlich zu seyn, selbst Achtung zu verdienen.

Sollte das Lehrbuch, welches ich hiermit dem Publicum übergebe, nur allein aus dem angegebenen Gesichtspunkte beurtheilt werden, so dürfte ich wohl vor Tadel ziemlich gesichert seyn. Daſs ein eigenthümlicher Leitfaden bey meinen Vorlesungen mir Bedürfniſs war, wird der flüchtigste Blick auf diese Blätter auſser Zweifel setzen. Die von den hisherigen so sehr abweichende Behandlungsart meines Gegenstandes wird jeden Leser überzeugen, daſs das Vorgeben jenes Bedürfnisses nicht erdichtet seyn könne und ich berufe mich auf diese Ueberzeugung, um entschuldigt zu werden, daſs ich, des nonum prematur in annum vergessend, schon izt zu der Herausgabe eines Werk-

chens mich entschliefsen konnte, das — ich gestehe es — noch weit hinter dem Ideale zurückgeblieben ist, welches ich bey der Ausarbeitung desselben vor Augen hatte. Sollte mir also nur nicht nachgewiesen werden können, dafs dieses Lehrbuch die Wissenschaft, welche es behandelt, nicht einmal in dem Grade von Vollkommenheit darstelle, welchen dieselbe schon wirklich erreicht hat, so würde ich, wie gesagt, keinen Tadel zu fürchten haben.

Allein ich selbst wünsche, dafs die Beurtheiler dieses Lehrbuch nicht blofs als einen Leitfaden für meine Vorlesungen prüfen möchten. Ich glaube nämlich, ohne darum die Verdienste meiner Vorgänger im geringsten zu verkennen, dafs die Theorie des gerichtlichen Verfahrens in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten, im ganzen sowohl, als in ihren einzelnen Theilen, noch sehr wenig vervollkommnet und selbst bey weitem ungenügender bearbeitet worden sey, als die Theorie irgend eines anderen Theils der Rechtswissenschaft. Mein Lehrbuch hat daher die Absicht, zur Vervollkommnung der Wissenschaft selbst, für welche es bestimmt ist, beyzutragen. Darum wird man

in demselben das Ganze sowohl, als auch einzelne Lehren in einer ganz anderen Gestalt erblicken, als man bisher denselben geben zu müssen geglaubt hat, darum wird man in demselben manche einzelne Lehre abgehandelt finden, welche man bisher nicht abzuhandeln pflegte, darum endlich wird man in demselben die Darstellung mehrerer Lehren vergebens suchen, welche man in den bisherigen Lehrbüchern des Processes weitläufig abgehandelt findet. Ich unterlasse es, die Vorzüge aufzuzählen, welche ich meinem Lehrbuche, in Vergleichung mit anderen, zuschreiben zu können glaube; denn wen könnte mein Glauben interessiren! Und welche Vorzüge müfsten diejenigen seyn, welche dem mit unsrer Procefsliteratur vertrauten, aufmerksamen Leser nicht ohne meine Bemerkung einleuchten sollten? Ich bitte aber Jeden, welcher die öffentliche Beurtheilung meiner Schrift übernimmt, dieselbe als Beytrag zur Vervollkommnung der Wissenschaft zu würdigen *). Mögen dann auch alle, vielleicht

*) Wenn dieses geschieht, so darf ich wohl nicht fürchten, dafs über meine Schrift im Ganzen darum ein Verdammungsurtheil ausgesprochen werde, weil viel-

nur in meiner Einbildung existirenden Vorzüge derselben vor dem schärferen und geübteren Auge des prüfenden Richters verschwinden, so wird selbst hieraus doch immer ein Gewinn für die Wissenschaft entstehen, denn entweder werden dann meine Zweifel gegen die schon erreichte Vollkommenheit derselben gründlich widerlegt werden, oder man wird anerkennen müssen, daſs das durch meinen verunglückten Versuch nicht gehobene Bedürfniſs einer besseren Bearbeitung wirklich vorhanden sey. Die Anerkennung des Bedürfnisses ist schon der erste Schritt zu der Aufhebung desselben. Demjenigen aber, welchem es nicht um Schriftstellerruhm, sondern um das Beste seiner Wissenschaft zu thun ist, wird es selbst wünschenswerth seyn, daſs seine unvollkommene Arbeit recht bald durch die bessere eines andern Freundes der Wahrheit verdrängt werden möge.

Man wird dieses Lehrbuch sehr arm an Allegaten, oder (wie man zu sagen pflegt) an Literatur finden. Da indessen durch dasselbe kein Handbuch unnöthig gemacht, sondern nur be-

leicht das Unrichtige mancher einzelnen meiner Behauptungen dargethan werden könnte.

wirkt werden sollte, daſs Handbücher mit gröſsererem Nutzen gebraucht werden könnten, so glaubte ich verpflichtet zu seyn, die Bogenzahl eines academischen Lehrbuches nicht durch abgedruckte Stellen aus Claproth oder Danz etc. zu vermehren. Die Literaturkenntnisse des Verfassers eines Buches müssen übrigens aus dem Inhalte des Buches selbst, keineswegs aus mit Allegaten schwangeren Noten beurtheilt werden.

In der Folge werde ich auch die Theorie des Verfahrens in Fällen der willkührlichen Gerichtsbarkeit bearbeiten. Alsdann habe ich das ganze Feld der praktischen Civil-Rechtsgelehrsamkeit ermessen. Beyde Lehrbücher können dann als eine vollständige Anleitung zur juristischen Praxis betrachtet werden, denn eine Anleitung zur Praxis, welche sich von der Theorie des Processes unterschiede, kenne ich nicht.

Gieſsen den 4ten April 1800.

Vorrede
zur zweyten Auflage.

Daſs ich mich bemühe, den Beyfall, welcher diesem Werkchen zu Theile geworden ist, zu verdienen, werden die beträchtlichen Verbesserungen, mit welchen ich diese Auflage dem Publikum zu übergeben gesucht habe, beweisen. Hätte mich die zweyte Auflage nicht wahrhaft übereilt und befände ich mich nicht gerade in dieser Zeitperiode in einer Lage, welche mir nur einzelne Augenblicke für meine Lieblingsbeschäftigungen — für literarische Arbeiten — gönnt, so würde eine sorgsamere Feile auch die Spuren einer

flüchtigen Bearbeitung in der Darstellung zu entfernen gesucht haben. In dieser Lage aber, welche mir an die Erfüllung meines Versprechens, das Verfahren bey willkührlichen Gerichtshandlungen zu behandeln, kaum zu denken erlaubt, muſs mir das Bewuſstseyn genügen, in der Sache selbst gröſsere Vollkommenheit erreicht und dadurch mir vielleicht einige Ansprüche auf Nächsicht wegen dessen, was ich izt nicht zu leisten vermogte, erworben zu haben.

Gieſsen im May 1803.

Vorrede
zur dritten Auflage.

Diese dritte Auflage übergebe ich dem Publicum mit dem Bewuſstseyn, daſs sie nicht leistet, was sie hätte leisten können.

Ich war eigentlich entschlossen, keine neue Auflage dieses Buches, welches schon seit einiger Zeit in dem Buchhandel fehlt, zu veranstalten. Die gegenwärtigen Zeiten haben das Publicum, welches der bisherige gemeine, deutsche Proceſs interessirt, schon sehr verringert und es läſst sich, ohne prophetischen Geist, voraussehen, daſs bald vielleicht kaum irgendwo noch ein Interesse für diesen, ehemals sehr wichtigen Gegenstand wissenschaftlicher Behandlung übrig bleiben werde. Meine Absicht war daher, statt einer neuen Auflage dieses Buchs, ein Werk zu unternehmen, in welchem

die Grundlage desjenigen Verfahrens wissenschaftlich dargestellt werden sollte, welches in Deutschland, wenigstens in den mehrsten deutschen Staaten, an die Stelle des bisherigen deutschen Processes treten würde.

Bis jezt stehen aber die Sachen in Deutschland noch so, daſs man nicht einmal sagen kann, ob es je wieder möglich seyn wird, eine gemeinsame Grundlage für das gerichtliche Verfahren anzuerkennen, welches die Gesetzgebungen in den einzelnen deutschen Staaten einzuführen für gut halten werden. Leider ist es daher auch noch nicht einmal möglich, etwas Befriedigendes darüber zu sagen, ob das kaum in Deutschland erwachte Interesse an der wissenschaftlichen Bearbeitung des Processes nicht wieder verlohren gehen werde. Nur das läſst sich mit Gewiſsheit voraussagen, daſs die Proceſstheorie in Deutschland wenige Bearbeiter finden werde, welcher sie sich erfreuen dürfte, wenn die Gesetzgebungen in den deutschen Staaten auf die Gründung bedeutender Verschiedenheiten in den Grundsätzen und in der Gerichtsverfassung hinarbeiten sollten.

Indem ich, bey dieser Lage der Sachen, noch nicht vermogte, mir eine klare Vorstellung von demjenigen zu machen, was in der Folge für das wissenschaftliche Bedürfniſs in Ansehung des gerichtlichen Verfahrens zu thun seyn wird, trat für mich das Bedürfniſs eines Leitfadens für die Vorlesungen, welche ich über den bisherigen deutschen Proceſs zu halten verbunden bin, gebieterisch ein und ich muſste mich daher zu dieser neuen Auflage in einem Zeitpuncte entschlieſsen, wo Amtsgeschäfte und die unternommene Bearbeitung des Napoleonischen Civilrechts mir eine vollständige Revision durchaus unmöglich machten.

Dieses zu meiner Entschuldigung, wenn man bemerken wird, daſs die bedeutenden Verbesserungen, welche dieser dritten Auflage zu Theil geworden sind, doch nur Verbesserungen der gröberen Fehler sind, welche die früheren Auflagen an sich trugen!

Giessen im Junius 1810.

Vorrede
zur vierten Auflage.

Ich hatte nicht geglaubt, daſs ich im Jahr 1819, unter ganz veränderten politischen Verhältnissen, doch im Wesentlichen das im Jahr 1810 in der Vorrede Gesagte würde wiederholen müssen. Dennoch ist dieses der Fall und man kann vor der Hand nur mit einiger Wahrscheinlichkeit voraussagen, daſs in manchen deutschen Landen das öffentliche und mündliche Verfahren werde eingeführt und der ächte römische Proceſs zu Ehren gebracht werden.

Gerne hätte ich diese Verfahrensform, welche sich in Gallien ziemlich rein erhalten hat, behandelt, wenn es meine überhäuften Geschäfte erlaubt hätten. Meine Lage nöthigte mich aber, mich auf eine bloſse Revision der Form und auf die Verbesserung einiger Irrthümer zu beschränken.

Darmstadt im Julius 1819.

D. von Grolman.

Inhaltsanzeige.

Einleitung.

Erstes Kapitel.

Von dem Begriffe des gemeinen deutschen Civilprocesses und der Theorie desselben.

§. 1. Nothwendigkeit des Richteramtes. 2. Begriff des Processes im Allgemeinen und der Theorie desselben. 3. Begriff der Proceſsordnungen. 4. Die Theorie des Gerichtsstyls ist ein wesentlicher Theil der Theorie des Processes. 5. Die Theorie des Processes lehrt die Kunst, Acten zu verfertigen und mit denselben geschickt umzugehen. 6. Verhältniſs des Processes zu der praktischen Rechtsgelehrsamkeit überhaupt. 7. Deutscher gemeiner und besonderer Proceſs. 8. Civil- und Criminalproceſs.

* *

Zweytes Kapitel.

Von den Quellen und Hilfsmitteln des gemeinen deutschen Civilprocesses.

§. 9. Begriff und Eintheilungen der Quellen. 10. Unmittelbar gesetzliche Quellen. 11. Mittelbar gesetzliche Quellen a) die Natur der Sache. 12. b) Gerichtsobservanzen. 13. Begriff und Eintheilung der Hülfsmittel. 14. Hülfsmittel für den Theoretiker. a) Philologische. 15. b) Philosophische. 16. Historische. *a*) Geschichte derjenigen Völker, deren Gesetze uns Quellen sind. 17. *b*) Geschichte der Gesetze über den Procefs. 18. *c*) Literärgeschichte und Literatur. 19. *d*) Kenntnifs des besonderen Processes. 20. Hülfsmittel für den Praktiker. a) Sprachkenntnisse. 21. b) Actenlesen und Formularbücher. 22. c) Eigene Uebung.

Drittes Kapitel.

Von der Methode den Procefs zu lehren.

§. 23. Präliminarlehre von den Subjecten und den Objecten der Verhandlung. 24. Nothwendigkeit einer vollständigen Anleitung zu processualischen Arbeiten. 25. Nothwendigkeit eines generellen Theils in einem Lehrbuche des Processes. 26. Verschiedenheit des Lehrvortrags in dem allgemeinen und dem besonderen Theile.

Erstes Buch.

Präliminarlehre von den Subjecten und Objecten bey der Verhandlung eines Rechtsstreites.

Erste Abtheilung.

Von den Subjecten, oder den Personen, welche bey der Verhandlung eines Rechtsstreites vorkommen.

Erstes Kapitel.

Von den Gerichten.

Erster Titel.

Von den Gerichtspersonen und den nothwendigen allgemeinen Eigenschaften derselben.

§. 27. Gericht. Gerichtspersonen. Richter. Subalternen. 28. Colegien. 29. Unfähige und verdächtige Richter. 30. Gründe der Unfähigkeit. 31. Verdachtsgründe. 32. Verwerfung des verdächtigen Richters. 33. Oeffentlicher Glauben der Gerichtspersonen.

Zweyter Titel.

Von der Zuständigkeit des Gerichts und den Instanzen.

§. 34. Zuständigkeit. Gerichtsstand. 35. Von der Unterordnung der Gerichte unter einander und den Instanzen. 36. Eintheilungen des Gerichtsstandes.

A) Arten der gesetzlichen Gerichtsstände.

I) Ordentliche.

A) Nichtbefreite.

1) Der allgemeine (des Wohnorts und Geburtsorts) 37.
2) Die besonderen.
a) Der gelegenen Sache. 38.
b) Des Contracts. 39.
c) Der geführten Verwaltung. 40.
d) Des Arrestes. 41.
e) Wegen des aus der genauen Verbindung der Sachen entstehenden Zusammenhangs.
f) Wegen Reconvention. 42.

B) Befreite.

1) In Ansehung der Personen. 43.
2) In Ansehung ganzer Klassen von Sachen. 44.

II) Ausserordentliche.

a) Der mitleidswürdigen Personen. 45.
b) Im Falle der Identität der Sachen. 46.
c) In Fällen der verzögerten und verweigerten Justiz. 47.
d) Wenn mehrere Unterrichter über die Zuständigkeit uneinig sind. 48.

B) Gewillkührte Gerichtsstände. 49. 50.

§. 51. Regeln zur Bestimmung der Rangordnung der einzelnen Gerichtsstände. 52. Fortsetzung. Concurrenz der Gerichtsstände. Prävention. 53 a. Rechtshängigkeit. 53 b. Verbindlichkeit der Gerichte zur Rechtshülfe.

Zweytes Kapitel.

Von den streitenden Theilen.

§. 54. Einleitung. 55. Parthieen. Allgemeine Bemerkungen über dieselben. 56. Fortsetzung. Legitimation zur Sache. 57. Kläger. Beklagter. Litisconsorten. Intervenienten. Litisdenunciaten. Adcitaten. 58 a. Rechte und Verbindlichkeiten der Parthieen im Allgemeinen. Proceſskosten. 58 b. Vom Armenrechte. 59. Nebenpersonen. 1.) Procuratoren. Syndiken. 60. Fortsetzung. Wer kann einen Procurator bestellen? Wer kann den Auftrag annehmen? 61. Fortsetzung. In welchen Fällen kann und in welchen muſs ein Procurator bestellt werden? 62. Fortsez-

zung. Legitimation zu dem Processe. Präsumtive Sachwalter. 63. Fortsetzung. Allgemeine und besondere Vollmacht. 64. Fortsetzung. Mehrere Anwälte. Eigenthum des Rechtsstreites. 65. Fortsetzung. Ende der Procuratur. 66. 2) Rechtliche Beystände. Advocaten. 67. Fortsetzung. Allgemeine Verbindlichkeiten der Advocaten. 68. Fortsetzung. Honorarium der Advocaten. 69. Anhang. Von dem gesetzlichen Vorbeugungsmittel gegen die Chicanen der streitenden Theile überhaupt. Eid für Gefährde.

Zweyte Abtheilung.

Von den Objecten der Verhandlung.

§. 70. Wichtigkeit einer genauen Betrachtung derselben. 71. Ueber welche Gegenstände kann nicht nach den hier abzuhandelnden processualischen Regeln verhandelt werden? 72. Verschiedene Art des Verfahrens, nach der Verschiedenheit des Gegenstandes desselben. 73. Ordnung des Verfahrens bey Concurrenzen.

Zweytes Buch.

Theorie des gemeinen deutschen Civilprocesses selbst.

Erster Theil.

Von der Ordnung und der Einrichtung des Verfahrens im Allgemeinen (d. h. in so ferne von den Eigenthümlichkeiten einer bestimmten Procefsart abgesehen wird).

Erste Abtheilung.

Von den Bestandtheilen des gerichtlichen Verfahrens und ihrer nothwendigen Verbindung im Allgemeinen.

§. 74. Wesentliche Stücke jedes gerichtlichen Verfahrens und Ordnung derselben. 75. Bedingt wesentliche Stücke

der Verhandlung. 76. Formalitäten. Hierauf gegründete Eintheilung des Processes 1) in den gesetzlichen und gewillkührten. 77. 2) In den ordentlichen und aufserordentlichen Procefs. 78. Nähere Betrachtung der Bestandtheile der Verhandlung, vorzüglich des Vorbringens der Parthieen. Zwang zur Rechtsvertheidigung. Grund der Termine und des Contumacialverfahrens. 79. Von der richterlichen Prüfung. Gegenstand derselben. Klage. Schutzreden des Beklagten. 80 a. Fortsetzung. Von dem Beweise. 80 b. Beweismittel. Nothwendiger Unterschied unter den Beweismitteln. Beweisführung. 81 a. Theorie der Vermuthungen. Lehre von der richterlichen Bestimmung der Beweisobliegenheit. 81 b. Wem liegt der Beweis ob? 82 a. Eingeständnifs befreyt von der Nothwendigkeit der Beweisführung. Beweiskraft des Eingeständnisses für den Richter. Grund der Eintheilung des Verfahrens in das präparatorische und förmliche Beweisverfahren. 82 b. In wie ferne bedürfen notorische Thatsachen eines Beweises? 83. Vollständiger, unvollständiger, halber, mehr und weniger als halber Beweis. Künstlicher, natürlicher Beweis. 84. Mittel zur Beweisführung. a) Von dem Augenschein und b) dem Gutachten der Kunstverständigen. 85. c) Von den Zeugenaussagen. 86. Fortsetzung. Unglaubwürdigkeit der Zeugen. Verdachtsgründe. 87. Fortsetzung. Vollständiger, unvollständiger Zeugenbeweis. 88. d) Von den Urkunden. 89. Fortsetzung. Von öffentlichen und Privaturkunden. Von dem Beweise der Authenticität der Urkunden. 90. e) Eide. Freywillige, nothwendige. 91. 92. Freywilliger Eid. Natur desselben als Beweismittels. 93. Nothwendige Eide. Erfüllungs-Reinigungseid. 94. Verschiedene Benennungen des zugeschobenen und nothwendigen Eides. 95. Folgen des Eides. 96. Von den Gegenbeweisen. 97. Beweis der Einreden. 98. Richterliche Verfügungen. Sentenzen. Blofse Decrete. 99. Nähere Bestimmung des Begriffs der Sentenzen. Rechtskraft derselben. 100. Nähere Betrachtung der blofsen Decrete. Blofse Beschwerden gegen den Richter. 101 a. Rechtsmittel gegen Sentenzen. Beschwerdeführungen gegen den Richter. 101 b. Eintheilungen der Rechtsmittel.

Zweyte Abtheilung.

Von der nothwendigen Einrichtung der processualischen Handlungen.

Erstes Kapitel.

Allgemeine Regeln zur Verfertigung aller processualischen Arbeiten.

§. 102. Einleitung. 103. Von der Vorbereitung (Instruction) aller processualischen Arbeiten, 1) von dem Bemühen, sich eine deutliche Vorstellung von dem Zwecke der Arbeit zu verschaffen. 104. 2) Von dem Sammeln der Materialien. Beyläufig von Excerpten. 105. 3) Von der Entwerfung eines Planes. 106. Von der Einrichtung der instruirten Arbeit selbst. 107. 1) Von der inneren Form processualischer Arbeiten. 108. Fortsetzung a) Richtigkeit und Reinheit der Sprache. 109 b) Angemessenheit und Ungezwungenheit des Ausdrucks und der Darstellung. 110. c) Kürze und Würde. 111. Von den nothwendigen Curialien oder dem Kanzleyceremoniell. 112. 2) Von der äusseren Form processualischer Arbeiten.

Zweytes Kapitel.

Bestimmtere Regeln zur Einrichtung processualischer Arbeiten, nach ihren Hauptclassen.

Erster Titel.

Von der Art und Weise des Verfahrens der Parthieen und ihrer Beystände.

§. 113. Einleitung. Alle Vorträge der Parthieen sind Deductionen. 114. Von den Vorarbeiten zur Deduction. 115. Bestandtheile der Deduction selbst. 116. Geschichtserzählung. 117. Eigentliche Ausführung. 118. Beschlufs der Deduction. 119. Von den Beylagen. 120. Von der äufseren Form der Deductionsschrift. 121. Vom Recessiren.

Zweyter Titel.

Von der Art und Weise des Verfahrens der Gerichte.

Erster Abschnitt.

Von der Art und Weise des Verfahrens des Richters.

Erster Absatz.

Allgemeine Darstellung der Richtungen der Thätigkeit des Richters bey einem Rechtsstreite.

§. 122. Einleitung. 123. I. Bestimmungen der Thätigkeit des Richters vor dem Anfange der Verhandlungen. 124. Fortsetzung. Von dem Versuche der Güte. 125. II. Bestimmungen der Thätigkeit des Richters während des Laufs der Verhandlungen. Unterschied zwischen der positiven und negativen Thätigkeit. 126. Fortsetzung. Ladungen. Auflagen. Termine. 127 a. Fortsetzung. Dilatorische, peremtorische Termine. Fatalien. 127 b. Fortsetzung. Erstreckung der Termine. 128. Fortsetzung. Insinuation. Requisitorialschreiben. 129. Fortsetzung. Oeffentliche Ladungen. 130. Verfahren gegen ungehorsame Parthieen. 131. Ungehorsamsanklage. Reinigung von Ungehorsam. 132. Von der Thätigkeit des Richters bey den Beweisführungen. 133. Vernehmung der Zeugen. 134. Beweisrotulus. 135. III. Bestimmungen der Thätigkeit des Richters nach geendigten Verhandlungen der Parthieen. 136. Fortsetzung. Vollstreckung des Urtheils. 137. Anhang von Commissionen.

Zweyter Absatz.

Besondere Regeln für die Entwerfung richterlicher Verfügungen, die beste Art richterlicher Vorträge und die Abfassung der Berichte.

§. 138. Einleitung. 139. Regeln für die Entwerfung aller Verfügungen. 140. Insbesondere von den Urtheilen. 141. Fortsetzung. 142. Von Relationen und Berichten.

143. A) von Relationen. Bestandtheile und Haupteigenschaften derselben. 144. I. Von dem historischen Theile der Relation. Nähere Bestandtheile desselben. 145. a) Eigentliche Geschichtserzählung. 146. b) Proceſsgeschichte. 147. c) Actenextract. 148. II. Von dem dogmatischen Theile. 149. Fortsetzung. Entscheidungs- und Zweifelsgründe. 150. Hülfsmittel zur Verfertigung guter Relationen. Vom zweckgemäſsen Lesen der Acten. 151. Fortsetzung. Von Privatextracten. 152. Fortsezzung. Von der Separationsmethode. 153. Aeuſsere Form der Relationen. 154. B) Von Berichten.

Zweyter Abschnitt.

Von der Art und Weise des Verfahrens der übrigen Gerichtspersonen.

§. 155. Arbeiten der Subalternen. 156. Von gerichtlichen Protocollen.

Dritte Abtheilung.

Von einigen besonderen auſserordentlichen processualischen Handlungen, welche auf keine bestimmte Proceſsart eingeschränkt sind, und in keiner eine nothwendige Stelle in der Ordnung erhalten haben.

§. 157. Von Sicherheitsleistungen. 158. Von Interventionen. 159. Von Litisdenunciationen. 160. Von Adcitationen. 161. Von der Reassumtion des Processes. 162. Von der Wiederklage. 163. Von Actenversendungen. 164. Von dem Beweise zum ewigen Gedächtnisse.

Zweyter Theil.

Von der Ordnung und der Art des Verfahrens in den einzelnen gesetzlichen Processarten.

Erste Abtheilung.

Von der Ordnung und der Art des Verfahrens in dem ordentlichen Processe.

Erster Abschnitt.

Von dem Verfahren bis zu der, durch das Beweisinterlocut begründeten förmlichen Beweisführung.

§. 165. Von dem Anbringen der Klage. 166. Einige Vorsichtsregeln bey der Abfassung von Klagschreiben. 167. Fortsetzung. Von Klagenhäufungen. 168. Fortsetzung. Clauseln, Verbesserung und Veränderung der Klage. 169. Richterliche Prüfung des Klaglibells und Verfügungen über dasselbe. 170. Von der Antwort des Beklagten. a) Unterschied zwischen der Einlassung und den eigentlichen Einreden. 171. Fortsetzung. Verzögerliche Einreden und Wirkungen derselben. 172. Fortsetzung. Zerstörliche Einreden und Wirkungen desselben. 173. b) Von dem Vortrage der Antwort des Beklagten. 174. Einige Vorsichtsregeln bey der Abfassung dieser Antwort. 175. Verfahren, wenn der Beklagte nicht antwortet. 176. Richterliche Prüfung und Verfügung auf die Antwort des Beklagten. 177. Replik. 178 a. Einige Vorsichtsregeln bey der Abfassung dieser Arbeit. 178 b. Von den Positionen oder Satzstücken. 179. Verfahren, wenn der Kläger sich nicht über die Antwort des Beklagten erklärt. 180. Richterliche Prüfung der Replik und Verfügung auf dieselbe. 181. Duplik. 182. Verfahren, wenn der Beklagte bey der Duplik ungehorsam ist. 183. Richter-

liche Prüfung der Duplik und Verfügung auf dieselbe. 184. Von den Ausnahmen, in welchen noch nach der Duplik Verhandlungen Statt finden. 185. Von dem Urtheile nach dem Schlusse des ersten Verfahrens. 186. Fortsetzung. Von dem Beweisinterlocute und der Bestimmung des Beweisthemas. 187. Fortsetzung. Weitere Regeln für die Abfassung der Beweisinterlocute.

Zweiter Abschnitt.

Von dem förmlichen Beweisverfahren bis zu Ende der ersten Instanz.

§. 188. Einleitung. Eintheilung des Beweisverfahrens in drey Theile. 1. Productionsverfahren. 2. Beweisausführung. 3. Hauptverfahren.

Erster Unterabschnitt.

Von dem Productionsverfahren.

§. 289. Von der Beweisantretung. 190. Fortsetzung. Von den Beweisartikeln und Ftagstücken. 191. Von der Veränderung des angetretenen Beweises. 192. Richterliche Prüfung derBeweisantretung und Verfügung auf dieselbe. 193. Verfahren über die Zulässigkeit der Beweismittel.

Zweiter Unterabschnitt.

Von der Ausführung der Beweise.

§. 191. I. Von der Ausführung der Beweise, bey welchen ein Productionstermin angesetzt wird. Zu welchem Theile des Beweisverfahrens gehört der Productionstermin? 195. Fortsetzung. Art und Weise der Beweisausführung. 196. Verfahren, wenn beyde Parthieen, oder

eine derselben in dem Productionstermine nicht erscheinen. 197. Verfahren, wenn die Zeugen in dem Productionstermine nicht erscheinen. 198. Verfahren, wenn die Urkunden, weil sie in den Händen eines Dritten, oder verlohren sind, nicht vorgelegt werden können. 199. II. Von der Ausführung des Beweises durch Eideszuschiebung. 200. Verfahren, wenn die Parthieen bey dieser Beweisführung ungehorsam sind.

Dritter Unterabschnitt.

§. 201 Einleitung. 202. Von den vorbereitenden Handlungen zum Hauptverfahren. 203. Von den Disputirsätzen oder der Inpugnations - und Salvationsschrift. 204. Von dem Beschlusse der Verhandlungen. 205. Von dem Endurtheile. Insbesondere von der Abfassung desselben bey einer Collision der Beweise. 206. Von der Abschwörung ber nothwendigen Eide.

Dritter Abschnitt.

Von dem Verfahren in zweyter Instanz.

Erstes Kapitel.

Grundsätze über das Verfahren in zweyter Instanz aus der Natur der Rechtsmittel im Allgemeinen.

§. 207. Erste Handlung derjenigen Parthie, welche ein Rechtsmittel gebrauchen will. Einwendung. Einführung. Rechtfertigung. Formalitäten hierbey. 208 a. Folgen des eingewendeten Rechtsmittels. 1) Suspensivkraft. 208 b. 2) Devolutivkraft. Attentaten. 209 a. Nähere Betrachtung der ersten Parthie - Handlungen. 1) Der Einwendung. Cumulation mehrerer Rechtsmittel.

Collision derselben. 209b. 2) Der Einführung und Rechtfertigung. 210 a. Richterliche Verfügungen auf die Einwendung und Rechtfertigung. 1) Bey bloſs suspensiven Rechtsmitteln. 210 b. 2) Bey devolutiven. 210 c. Verfügungen des Unterrichters bey suspensiven und devolutiven Rechtsmitteln. 211. Folge der erkannten Processe. Gemeinschaftlichkeit des Rechtsmittels. Adhäsionen. 212 a. Weiteres Verfahren in zweyter Instanz. 212 b. Beschluſs. Aufhebung der Rechtsmittel ohne Sentenz.

Zweytes Kapitel.

Von dem Verfahren in zweyter Instanz nach Verschiedenheit der ergriffenen Rechtsmittel.

I. Rechtsmittel der Appelation.

§. 213. Wann und in wie ferne die Appelation Statt finde? 214. Wirkungen der Appelation. 215. Verfahren in der Appelationsinstanz.

II. Rechtsmittel der Revision.

§. 216. Von der Revision, als subsidiarischem ordentlichen Rechtsmittel 217. Von dem nicht subsidiarischen Rechtsmittel der Revision. (Supplication, Läuterung etc.)

III. Rechtsmittel der unheilbaren Nichtigkeitsklage. §. 218. 219.

IV. Rechtsmittel der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand. §. 220.

Zweyte Abtheilung.

Von der Ordnung und der Art des Verfahrens in den auſserordentlichen Proceſsarten.

Einleitung. §. 221. — 224. Bestimmung der Fälle, in welchen ein summarisches Verfahren Statt findet. 225. In

wie ferne kann die Willkühr der Parthieen auf die Beantwortung der Frage: ob ein summarisches Verfahren eintreten solle, Einfluſs haben? 226. Besondere summarische Verfahrungsarten.

Erstes Kapitel.

Von der summarischen Verfahrungsart im Allgemeinen.

§. 227. Allgemeine Regeln für das summarische Verfahren. 228. Besondere Regeln a) in Ansehung der Verhandlungen vor dem Beweisverfahren. 229. b) In Ansehung des Beweisverfahrens. 230. c) in Ansehung des Verfahrens nach geführtem Beweise.

Zweytes Kapitel.

Besondere summarische Verfahrungsarten.

A. Von dem Verfahren in Fällen, in welchen sogleich auf das Anbringen des Imploranten eine demselben gemäſse endliche Verfügung bedingt oder unbedingt, erlassen werden darf. — *Mandatsproceſs.*

§. 231. Begriff der Mandate und Eintheilungen derselben nach der Verschiedenheit ihres Inhaltes. 232. Rechtfertigungsgründe der Mandate. Mandate mit und ohne Clausel. 233. Processualisches Verfahren bey den unbedingten Mandaten. 234. Fortsetzung. 235. Verfahrungsart bey den bedingten Mandaten. 356. Anhang von Ordinationen.

B. Von dem Verfahren in Fällen, in welchen, noch ehe die Sache zu einer endlichen Entscheidung reif ist, dennoch durch einstweilige oder provisorische Verfügungen gegen

eine Parthie vorgeschritten werden kann. Insbesondere von Verfügungen in Streitigkeiten über den jüngsten Besiz und Arrestverfügungen.

§. 237. Rechtfertigungsgründen aller interimistischen und provisorischen Verfügungen. 238. Anwendung hiervon a) auf das Verfahren bey Streitigkeiten über den jüngsten Besitz. 239. b) Auf Arrestverfügungen und Sequestrationen. 240. Fortsetzung. Von dem Arrestgesuche und der Verfügung des Richters auf dasselbe. 241. Fortsetzung. Von dem weiteren Verfahren nach erlassener Arrestverfügung.

C. Von dem Verfahren in Fällen, in welchen der sogenannte Executivprocefs eintritt.

§. 242. Rechtfertigungsgrund des Executivprocesses. 243. Grundsätze, auf welchen das executivische Verfahren beruht. 244. Von dem Wechselprocesse. 245. Verfahren über procefshindernde Einreden.

Anhang. Von dem Concursprocesse.

Einleitung. §. 246. Begriff des Consursprocesses. 247. Allgemeinste Folgen aus diesem Begriffe. Von der Gemeinschaft der Gläubiger. Von dem zuständigen Gerichtsstande und der Eintheilung des Concurses in den allgemeinen und besonderen. 248. Nöthige Vorsicht des Richters bey Veranlassungen zum Concurse. 1.) Präliminaruntersuchungen vor dem wirklichen Anfange des Concursprocesses. 249. 2.) Versuch der Güte. Nachlafsverträge. Moratorische Verträge. 250. Uebergang zum wirklichen Concursprocefs. — Von dem Verfahren nach eröffnetem Concursprocesse selbst. 251. Einrichtung dieser Abhandlung.

I. Von der Ausmittelung und Verwaltung der Concursmasse.

§. 252. Nothwendigkeit einer besonderen Rücksicht auf die Gröfse und Beschaffenheit des Vermögens des Schuldners

zur Bestimmung der für den angegebenen Zweck nothwendigen Handlungen. 253. Von der Versiegelung des Vermögens des Schuldners. 254. Von der Bestellung eines Verwalters der Masse. 255. Von der Berichtigung der Concursmasse. 256. Von der Veräusserung des, nicht in baarem Gelde bestehenden Vermögens des Schuldners.

II. Von der Ausmittelung der rechtlichen Ansprüche der Gläubiger.

§. 257. Von der Ladung der Gläubiger. 258. Von der Bestellung des Contradictors. 259. Von dem Liquidationstermine und der Liquidation der Forderungen. 260. Von dem Prioritätsverfahren.

III. Von dem entscheidenden richterlichen Urtheile und der Vollstreckung desselben.

§. 261. Von dem Locationsurtheile. 262. Von der Erleichterung der Arbeit des Richters durch eine zweckgemäſse Anordnung der Acten. 263. Von dem Distributionsbescheide und der Beendigung des Concursprocesses.

Einleitung.

ERSTES KAPITEL.

Von dem Begriffe des gemeinen deutschen Civilprocesses und der Theorie desselben.

§. 1.

Nothwendigkeit des Richteramts.

Das wichtige Resultat, auf welches uns eine gründliche Untersuchung über die nothwendigen Bedingungen, den Rechtsbegriff in der Wirklichkeit zu realisiren, führen muſs, ist, wie jede philosophisch behandelte Rechtslehre zeigt, dieses: Es giebt keinen realisirten rechtlichen Zustand unter den Menschen, als im Staate, es giebt keinen Staat ohne positive Gesetze, und ohne daſs mit Aufgebung des eignen Gerichts, ein öffentliches Richteramt constituirt würde.

§. 2.

Begriff des Processes im Allgemeinen und der Theorie desselben.

Der Richter soll den über bestimmte Rechtsansprüche zwischen zwey Parthieen entstandenen Streit entscheiden, d. h. bestimmen, auf wessen Seite das, durch die Gesetze bestimmte, in dem Staate anzuerkennende und geltend zu machende Recht sey. Zu dieser Entscheidung führt ihn die Vergleichung der Merkmale des concreten Falls mit den Merkmalen der, in den Gesetzen unterstellten Fälle. Zur Möglichkeit dieser Vergleichung ist Kenntniſs der wahren Merkmale der gesetzlichen Fälle und des concreten Falls erforderlich. Jene lehrt ihn seine positive Rechtswissenschaft, diese hingegen der Vortrag und die Beweise der Parthieen erkennen.

Es folgt aus dem Gesagten, daſs mit der Constituirung eines bürgerlichen Gerichtshofes eine *Verhandlung* der Streitsachen der Bürger vor diesem Gerichtshofe nothwendig sey. Da diese Verhandlung einen bestimmten Zweck hat, so müssen sich über die Ordnung sowohl, in welcher die einzelnen erforderlichen Handlungen vorgenommen werden müssen, als auch über die Art und Weise, wie dieselben einzurichten sind, bestimmte Regeln ableiten lassen.

Die Verhandlung eines Rechtsstreites 1), welche zu einer gerichtlichen Entscheidung des-

1) Die Eintheilung der Gerichtsbarkeit in die streitige und willkührliche (welche sich zwar, genau ge-

selben nothwendig ist, heiſst das gerichtliche Verfahren oder (das procedere) der Proceſs 1). Die Lehre von der Ordnung dieses Verfahrens und der Art und Weise einer zweckgemäſsen Einrichtung desselben ist die Theorie des Processes.

§. 3.

Proceſsordnungen.

Da der Staat sich nicht auf den guten Willen der Richter verlassen darf, da er die Bürger gegen alle mögliche individuelle Willkühr der Richter zu schützen verbunden ist, da das Interesse der bürgerlichen Gesell-

nommen, nicht vertheidigen läſst, [vergl. *Krüll* Prüfung einzelner Theile des bürgerl. Rechts. Landshut 1802. 8. Abh. I.]) wird hier als bekannt vorausgesetzt. Auch bei Handlungen der sogenannten willkührlichen Gerichtsbarkeit ist ein bestimmtes Verfahren (Proceſs) nothwendig *); allein in diesem Lehrbuche soll nur der Proceſs in Streitsachen, welcher auch vorzugsweise den Namen Proceſs führt, abgehandelt werden.

*) Hierüber ist mit Nutzen zu gebrauchen die (Trützschlersche) Anweisung zur vorsichtigen u. förmlichen Abfassung rechtlicher Aufsätze, insonderheit über Handlungen der willkührlichen Gerichtsbarkeit. 2 Theile 4te Aufl. 1801. 8.

1) Einen Proceſs haben. Processe extrahiren. Processe erkennen. Processe abschlagen. Aus der angeführten eigentlichen Bedeutung des Worts wird man wohl ohne Mühe einsehen, wie diese und dergleichen abusive Bedeutungen desselben entstehen konnten.

schaft einen festen, gleichförmigen, und, so viel es möglich ist, schleunigen Gang der Justiz unumgänglich erfordert; so ist die Bestimmung der Ordnung und der Art und Weise des gerichtlichen Verfahrens ein sehr wichtiger Gegenstand der Gesetze und es läfst sich, besonders aus dem letzten Grunde, ohne Schwierigkeit erweisen, dafs viele, zur guten Einrichtung des gerichtlichen Verfahrens wesentliche Punkte nicht wohl anders, als durch positive Gesetze (Procefsordnungen) bestimmt werden können.

Die Darstellung des Geistes der Gesetze eines bestimmten Staates über das gerichtliche Verfahren, würde uns eine Theorie des in diesem Staate nothwendigen Processes liefern.

§. 4.

Die Theorie des Gerichtsstyls ist ein nothwendiger Theil der Theorie des Processes.

In so ferne, als eine solche Darstellung des Processes zugleich mit der Ordnung der vorzunehmenden Handlungen auch die Lehre von der Art und Weise der zweckgemäfsen und gesetzlich erforderten Einrichtung jeder einzelnen derselben verbinden mufs, kann sie sich nicht darauf beschränken, nur den Inhalt jeder einzelnen gerichtlichen Handlung anzugeben, sondern auch die Form derselben, und zwar sowohl die innere, (wesentliche,) als auch die äussere (zufällige) ist ein wichtiger Gegenstand, auf welchen sie sich erstrecken mufs, wenn sie nicht mit Recht den Vorwurf

der Unvollständigkeit verdienen soll. Diese Form der Geschäfte ist es, welche man unter dem Namen des Gerichtsstyls begreift, der eine Gattung des Canzley- oder Curialstyls ist 1).

§. 5.

Die Theorie des Processes lehrt die Kunst, Acten zu verfertigen, und mit denselben geschickt umzugehen

Eine Sammlung schriftlicher Aufsätze über einen bestimmten, vor Gericht verhandelten Gegenstand nennt man gerichtliche Acten, jeden einzelnen dieser Aufsätze ein Actenstück. Da in dem deutschen Processe nichts geschieht, als in einem Actenstücke, oder doch so, dafs daraus ein Actenstück entstände, so kann man, mit *Nettelbladt* 2) allerdings sagen, dafs in der Theorie des Processes die Theorie zu der Kunst, Acten zu verfertigen und mit denselben geschickt umzugehen, vorgetragen werde, einen Begriff der Procefs-Theorie mufs man aber freylich in dieser Bezeichnung nicht suchen.

§. 6.

Verhältnifs des Processes zu der praktischen Rechtsgelehrsamkeit überhaupt

So gewifs es auch ist, dafs alle Theorie für die Anwendung, mithin praktisch sey,

1) *D. J. N. Bischoff* Handbuch der deutschen Canzleypraxis Th. 1. §. 6—12.

2) Von der prakt. Rechtsgel. deren Theilen etc. §. 8.

so läſst sich demungeachtet die Eintheilung der Rechtsgelehrsamkeit in die theoretische und praktische allenfalls vertheidigen, da neben der *anzuwendenden* Theorie immer noch eine Theorie *von der Anwendung* jener gedacht werden muſs. In so ferne nun ist die Theorie des Processes in Fällen der streitigen Gerichtsbarkeit allerdings ein Theil, obgleich, wie aus dem Begriffe erhellt, nur ein kleiner Theil der praktischen Rechtsgelehrsamkeit. Von ihr ist die Praxis unterschieden, so wie sich die Kunst von der Theorie der Kunst unterscheidet. Durch die praktische Rechtsgelehrsamkeit allein wird der Jurist noch nicht ein guter Praktiker, denn alle Kunst erfordert Uebung (Routine), allein ohne sie kann man wohl Empiriker (ein Mensch, der bloſs Routine hat), aber unmöglich ein guter Praktiker werden.

§. 7.

Deutscher gemeiner und besonderer Proceſs.

Nach Deutschlands früherer Verfassung unterschied sich der besondere Proceſs der Gerichte einzelner deutschen Lande, oder einzelner Gerichte, von dem gemeinen oder Reichsprocesse, welcher die, wenigstens bis zum Beweise einer particularrechtlichen Ausnahme, in ganz Deutschland mit juristischer Nothwendigkeit geltenden Regeln des gerichtlichen Verfahrens aufstellte. Dieser gemeine Proceſs, welcher der Gegenstand dieses Lehrbuchs ist, hat mit der Auflösung des Reichs formell zu

seyn aufgehört. Materiell gilt er jedoch noch in allen deutschen Landen, wo nicht früher ein entgegenstehendes Particularrecht begründet war, oder später ein solches entstanden ist 1), in so ferne er nämlich nicht Folgerungen aus den aufgehobenen Grundsätzen des ehemaligen Reichsstaatsrechts aufstellt.

§. 8.

Civil- und Criminalprocefs.

Der Gegenstand des gerichtlichen Verfahrens in Fällen der streitigen Gerichtsbarkeit ist eine Civil- oder eine Criminalsache, je nachdem die streitige Frage entweder die Geltendmachung der Privatrechte des Bürgers gegen den Bürger (das Mein und Dein) oder die Verhütung künftiger Rechtsverletzungen durch öffentliche Strafen betrifft. Hieraus wird der Unterschied zwischen Criminal- 2) und Civil-Procefs begründet, welcher letztere ausschliefsend der Gegenstand dieses Lehrbuchs ist.

1) Wie in Sachsen, Preussen, Baiern und dem Ueberrheine. Es liegt in dem Geiste der Zeit, dafs bald auch die andern Staaten sich neue Procefsordnungen gründen müssen. Möchten nur die neuen Aenderungen in dem Geiste erfolgen, dafs es möglich bleibt, auch in der Folge eine Theorie des Processes aufzustellen, deren Brauchbarkeit sich nicht auf die engen Grenzen eines einzelnen, deutschen Landes beschränkt!

2) Criminalprocefs nämlich in der weiteren Bedeutung — nicht blofs in der engeren, wo er das Verfahren bey den peinlichen Gerichten bezeichnet.

ZWEYTES KAPITEL.

Von den Quellen und Hülfsmitteln des gemeinen deutschen Civilprocesses.

§. 9.

Quellen. Begriff derselben und Eintheilungen.

Quelle ist dasjenige, woraus eine Lehre geschöpft werden muſs. Zuletzt ist es natürlich immer der Wille des Gesetzgebers (also das Gesetz), aus welchem die Verbindlichkeit, bestimmte Regeln zu beobachten, flieſst, allein es ist nicht nothwendig, daſs jede Lehre gerade unmittelbar aus dem Gesetze geschöpft werde, sondern es genügt, wenn nur das Gesetz andere Quellen, aus welchen Bestimmungen abgeleitet werden können, als Quellen erkennt. Wir theilen daher die Quellen in unmittelbar und mitttelbar gesetzliche ein.

§. 10.

Unmittelbar gesetzliche Quellen.

Zu den ersteren gehören I. die über processualische Gegenstände verfügenden Gesetze des ehemaligen deutschen Reichs 1) unter welchen vorzüglich der jüngste Reichsabschied (1654) wichtig ist. II. Die in Deutschland aufgenommenen Hülfsgesetze *a*) die cano-

1) Ueber die nothwendige Vorsicht bey dem Gebrauche dieser Quelle vergl. *Gönner* Frörterungen über den gemeinen Proceſs. 1. B. n. II. Handbuch 2te Aufl. I. 2.

nische, b) die römisch Justinianeische Gesetzesammlung, von welchen die erstere in der Regel der letzteren vorgeht, beyde aber nur dann Anwendung finden können, wenn sie nicht der deutschen Staats- oder Gerichtsverfassung zuwiderlaufende Verordnungen enthalten 1)

§. 11.

Mittelbar gesetzliche Quellen. a) *Die Natur der Sache.*

Unter den mittelbar gesetzlichen Quellen verdient eine Hauptstelle die Natur der Sache, d. h. hier: die aus dem Wesen, und dem Zwecke eines Instituts abzuleitenden Regeln; denn wo die Gesetze selbst nichts genauer bestimmen, da haben sie nothwendig mit dem Wesen eines, von ihnen gebilligten Instituts, alles das, was hieraus gefolgert werden muſs, stillschweigend gebilligt, und mit der Anerkennung eines bestimmten Zweckes einer Handlung oder Einrichtung, die Gültigkeit der, aus der Analyse des gebilligten Zweckes abzuleitenden Regeln anerkannt 2)

§. 12

b) *Gerichtsobservanzen.*

Die zweyte für die Lehre des Processes besonders ergiebige, mittelbar gesetzliche Quelle

1) *Glück* Erl. der Pand. §. 77. sqq. ibid. citt.

2) Nöthige Vorsicht bey dem Gebrauche dieser Quelle, um nicht das Nützliche und Räthliche mit dem rechtlich Nothwendigen zu verwechseln.

sind die sogenannten Gerichtsobservanzen, d. h. auf Uebereinkunft der Gerichte gegründete Bestimmungen über die Einrichtung gerichtlicher Geschäfte. Die deutschen Gesetze haben für die Bildung solcher Observanzen, zumal in so fern es die Form der Geschäfte betrifft, einen ziemlich weiten Boden gelassen, indem er den Gesetzgeber gewöhnlich nicht so sehr interessirt, wie etwas geschieht, wenn es nur gleichförmig, und nicht auf eine, den ausdrücklichen gesetzlichen Bestimmungen, oder dem Zwecke des Geschäfts widerstreitende Art geschieht 1) Es ist zwar nicht zu läugnen, daſs die Gerichtsobservanzen nur in dem historischen Sinne universelle seyn können, daſs sie mithin eigentlich auch nur als Quellen des besonderen Processes betrachtet werden können, indessen ist es doch auch, bey Erörterung des gemeinen Processes, theils nöthig, dem Praktiker anzuzeigen, wo und in wie ferne er auf die Gerichtsobservanzen Rücksicht zu nehmen habe, theils nützlich, durch Beispiele von dem was überall oder gewöhnlich solchen Observanzen gemäſs ist, wenigstens einige Anleitung zu geben, um die Lücken auszufüllen, welche sonst eine Theorie des gemeinen Processes nicht ausfüllen kann.

§. 13.

Hülfsmittel. Begriff derselben und Eintheilungen.

Unter Hülfsmitteln versteht man alles dasjenige, was den Weg zu einer innigen Ver-

1) Hieraus lassen sich leicht die Grenzen für die Gültigkeit dieser Observanzen ziehen, vergl. meine Abh. i. d. Magaz, f. d. Phil. d. Rets. B. I. St. 2. Abh. 5. S. 166.

trautheit mit den Quellen einer Wissenschaft zu gelangen, erleichtert, und die richtige und geschickte Anwendung der Lehren auf die vorkommenden Fälle befördert. Die Hülfsmittel der ersteren Art dienen dem Theoretiker, welches jeder Praktiker gleichfalls seyn soll, die der letzteren Art dienen blos dem Prakticker.

§. 14.

Hülfsmittel für die Theorie. a) Philologische.

Die Hülfsmittel, deren ein nach Gründlichkeit strebender Theoretiker nicht entbehren kann, sind, wie überhaupt bey der positiven Rechtswissenschaft *a*) philologische. Dahin gehört: α. Kenntniss der Sprachen, worin die Gesetze abgefaſst sind, β. Kenntniſs der besten und richtigsten Ausgaben der Gesetze, um sich in den Besitz der authentischen Worte und Lesearten setzen zu können.

§. 15.

b) Philosophische.

b) Philosophische, wohin Proceſsgesetzgebungswissenschaft 1) vorzüglich gerechnet werden muſs.

1) Für diese haben schätzbare Beyträge geliefert: E. A. F. *Eggers* philosophischer Abriſs von dem allgemeinen bürgerlichen Rechtsverfahren. Ein Versuch. Flensberg, Schleswig und Leipzig 1790. 8.

Chr. Ulr. Detl. v. Eggers Entwurf einer allgemeinen bürgerlichen Proceſs- und Gerichts-Ordnung. II Bände. Zürich 1799 u. 1800. gr. 8.

§. 16.

c) Historische. α Geschichte der Völker, deren Gesetze und Quellen sind.

Historische. Dahin gehört α. Geschichte derjenigen Völker, deren Gesetze uns Quellen sind; ihrer Sitten, Verfassung, Gewohnheiten und vorzüglich ihrer Gerichtsverfassung 1); denn es ist klar, dafs nichts mehr das Eindringen in den Geist der Gesetze erleichtern kann, als eben solche historische Entwickelungen, in welchen der mit der Gesetzgebungswissenschaft Vertraute nothwendig die Gründe auch zu den kleinsten Modificationen der Gesetze entdecken mufs.

§. 17.

β. Geschichte der Gesetze über den Procefs.

β. Geschichte der Gesetze über den Pro-

H. E. v. G. (Globig) System der Gesetzgebung für das gerichtl. Verf. 1819. *Borst* Grundlinien für eine vernünftige Gesetzgebung des Civilprocesses 1810. *v. Gönner* Entwurf eines Gesetzbuchs über das gerichtl. Verfahren in bürgerl. Rechtssachen II. Bd. 1815. 8.

1) Hierzu ist mit Nutzen der Richtsteig Landrecht (im Senkenbergschen Corp. Jur. Germ.), das Gedicht Reinecke de Vofs (ed. von Gottsched 1752) verbunden mit *Dreyer* von dem Nutzen des trefflichen Gedichts R. d. V. in Erklärung der deutschen Rechtsalterthümer, insonderheit des Gerichtswesens — zu gebrauchen. Auch sind die alten Formularbücher und die Sammlungen von Urtheilssprüchen aus dem Mittelalter hier nicht unwichtig. Vergl. auch *Biener* Comment. de origine et progressu legum juriumque Germanicorum.

cefs 1), welche mit dem vorhergehenden Hülfsmittel genau zusammenhängt, und nur durch dasselbe eine pragmatische werden kann. Wie wichtig eine solche pragmatische Geschichte dem Freunde der positiven Rechtswissenschaft sey, darf hier als bekannt vorausgesetzt werden. Es versteht sich übrigens, dafs diese Geschichte auf alle Quellen ausgedehnt, mithin die Geschichte des Gerichtsstyls 2) nicht vernachlässigt werden müsse.

§. 18.

γ. Literärgeschichte und Literatur.

γ Literärgeschichte, welche am schicklichsten mit der Geschichte der Gesetze verbunden wird. Von ihr macht die Procefs-Literatur einen Theil aus. 3)

1) Wir besitzen keine besondere Schrift, welche diesen Gegenstand behandelte, aber schätzbare Beyträge sind in *Heineccii* Elem. jur. Germ. L. III. *Hauschild* Gerichtsverfassung der Deutschen, wie solche vom 8ten bis zum 14ten Seculo üblich gewesen. Leipzig 1741, *K. Ph. Kopp*, ausf. Nachricht von der ältern und neuern Verfassung der geistl. und Civilgerichte in den Hessen-Cass. Landen. — *Pufendorf* de jurisdictione Germanica, Lemg. 1740. *Malblanc* conspectus rei judiciariae romano-german. Nor. et Alt. 1797. §. 1 — 61. enthalten, welche Schriften auch zu den vorhergehenden §. gezogen zu werden verdienen.

2) Hierzu hat einen trefflichen Beytrag geliefert *Bischoff* Handbuch der deutschen Canzleypraxis. Th. 1. Einl. Abschn. 2.

3) Es ist hier nicht der Ort, wo die Abschrift eines Theils der juristischen Bibliotheken Platz finden könnte, ich

§. 19.

δ. Kenntniſs des besondern deutschen Processes.

Endlich δ. Kenntniſs des besondern deutschen Processes, vorzüglich des Reichsgerichtsprocesses, nach welchen der beson-

ich begnüge mich daher, nur einige der vorzüglicheren Schriften nahmhaft zu machen.

Jac. Fried. Ludovici Einl. zum Civilproceſs, vermehrt und erläutert von *Ioh. Gerh. Schlitte.* Halle 1750. 4.

Schaumburg Principia praxeos juridicae judiciariae curante *Reichardt* etc. 1769. Zuletzt 1804.

Jac. Gottl. Sieber Versuch einer Anleitung z. gerichtl. Proceſs. Aufl. 2. Th. 1. Gött. 1775. 8.

Leop. Fried. Fredersdorf Anweisung für angehende Justitz - Beamte und Unterrichter. Lemgo 1772 — 74. 3. B. 4.

Dan. Nettelbladt Versuch einer Anleitung zu der ganzen praktischen Rechtsgelahrtheit. Halle 1784. 8.

Gottl. Eus. Oeltzen Anl. zur gerichtlichen Praxis überhaupt, und insbesondere zu dem ordentl. Civilproceſs. Jena 1782, 8.

Just. Claproth Einleitung in den ordentl. bürgerl. Proceſs. 3te Aufl. Götting. 1793. 8.

Desselben Einleitung in sämmtliche summarische Processe. 3te Aufl. 1793. 8.

Wilh. Aug. Fried. Danz Grundsätze des gemeinen ordentl. bürgerl. Processes 2te Aufl. 1795 3te. Aufl. 1800 8. Zuletzt 1806.

Desselben Grundsätze der summarischen Processe. 2te Aufl. 1798 8

Aeuſserst schätzbare Berichtigungen zu diesen Danzischen Werken sind enthalten in *N. Th. Gönners* Erörterungen über den gemeinen Proceſs. Ein Zusatz zu den Grundsätzen des H. Prof. *Danz.* Bamberg 1799. 8.

dere Landesprocefs sich sehr häufig gebildet kat *), und des sächsischen Processes, welcher auf den Inhalt des Inhalt des J. R. A. so sichtbaren Einflufs gehabt hat.

Martin Lehrbuch des deutschen gemeinen bürgerl. Processes 1800. 8. (Ein sehr schätzbares Lehrbuch.) 5te Aufl. (von besonders bedeutendem Werthe) 5te Auflage 1817.

Biener Systema processus judiciarii et communis et Saxonici Leipz. 1801. 8. (Gehört auch zu dem folgenden §. als ein vorzüglich brauchbares Werk).

Gönner Handbuch des deutschen gemeinen Processes 1801 u. 1802. 3 Bände. (Ein Werk, welches in der Literärgeschichte des Processes Epoche macht.) 2te Aufl. 1804.

Von Almendingen Methaphysik des Civilprocesses Th. I. 1808. (Eine Sammlung einzelner Abhandlungen mit philosophisch historischem Geiste und aus den höchsten Gründen der Wissensschaft bearbeitet.)

Gensler Handbuch zu *Martins* Lehrbuch 1. B. 1814.

Mit diesen Schriften sind zu verbinden.

J. St. Pütters Anleit. zur juristischen Praxis. 1. Th. 5te Aufl. Gött. 1789. Th. 2. 4te Aufl. 1789.

E. L. Mereau Versuch einer Anleit. zu prakt. Arbeiten überhaupt. 2 Th. Jena 1792. gr. 8.

Joh. Nic. Bischoff Handbuch der deutschen Canzleypraxis, Th. 1. Helmst. 1793. Th. 2. Bd. 1. daselbst 1798. 8.

N. *Th. Gönner* Grundsätze der juristischen Praxis sowohl im Allgemeinen als in Anwendung auf jede Gattung juristischer Aufsätze. Bamberg 1797.

*) Dieser ist gewissermafsen selbst Quelle. J. R. A. §. 137. und *Gönner* in not. a. ad. §. 10. alleg.

§. 20.

Hülfsmittel für die Praxis. a) Sprachkenntnisse.

Für den Geschäftsmann sind aufserdem noch unentbehrliche Hülfsmittel *a*) richtige grammaticalische Kenntnisse der deutschen Sprache, nebst der Fertigkeit, sich in derselben fehlerfrey und geschmackvoll auszudrücken, eine Fertigkeit, deren Mangel man dem Juristen heutzutags immer weniger verzeiht.

§. 21.

b) Actenlesen und Formularbücher.

b) Das Lesen gut geführter Acten 1) und zweckmäfsiger Formularen 2) Man vergesse aber nicht, dafs diese Lectüre nur für den, welcher die oben bemerkten gründlichen theoretischen Kenntnisse besitzt und also mit prü-

1) *Claproths* und *Genslers* Sammlungen sind die gewöhnlichsten, musterhaft ist aber weder die eine, noch die andere.

2) Das neue Formularbuch ist von *Heinrich Kuppermann*, Versuch eines praktischen Handbuchs für Notarien, Sachwalter und Gerichtsactuarien etc. welches aber viel unnützes Zeug enthält. Zweckmäfsige Formulare sind auch in dem angeführten *Oeltzenschen* Werke enthalten, und in der vollständigen Erläuterung des gemeinen und Sächsischen Processes 7. Bd., einem Buche, welches oben §. 18. nicht angeführt zu werden verdiente, weil es nur Compilation ist. Auch gehört hierhin *J. Ch. König* Formularbuch für processualische Handlungen. 3te Abth. 1801 — 1804. 8.

fendem Auge lesen kann, von wahrem Nutzen seyn könne. Schlendrianisten sind keine guten Geschäftsmänner.

§. 22.

c) Eigene Uebung.

Insbesondere endlich *c*) zweckmäſsige Vorübungen auf oder auſser Academieen, unter Anleitung eines Mannes, welcher selbst gründliche theoretische Kenntnisse und die Fertigkeit, dieselben auf alle vorkommenden Fälle richtig anzuwenden, besitzt, von dem man also erwarten kann, daſs er diejenigen, welche sich seiner Leitung überlassen, eben so weit davon entfernthalten werde, Verächter der nothwendigen Eigenheiten des Gerichtsstyls, als an einem unnützen Schlendrian klebende Federmaschinen zu werden.

DRITTES KAPITEL.

Von der Methode, den Proceſs zu lehren.

§. 23.

Präliminarlehre von den Subjecten und dem Objecte der Verhandlung.

Keine Verhandlung eines Rechtsstreites ist denkbar, ohne Verhandelnde und ohne einen Gegenstand der Verhandlung. Da unsre Gesetze sowohl in Ansehung der Subjecte, als auch des Objects der Ver-

handlung bestimmte Bedingungen festsetzen, unter welchen allein von jenen und über diese eine Verhandlung statt finden kann, so ist eine genauere Betrachtung dieser Bedingungeu eine wichtige Präliminarlehre des Processes, welche daher auch von allen Bearbeitern des Processes als solche behandelt wird.

§. 24.

Vollständige Anleitung zu processualischen Arbeiten.

Die Lehre von der Verhandlung (dem Processe) selbst zerfällt, nach dem obigen Begriffe, ohne allen Zweifel in zwey Theile: in die Lehre von der bey der Verhandlung zu beobachtenden Verfahrungsordnung, und: in die Lehre von der Einrichtung jeder einzelnen der, in jene Ordnung gehörenden Handlungen, welche Theile am zweckmäſsigsten in der genauesten Verbindnng vorgetragen werden können, so daſs man die Regeln für eine zweckmäſsige Einrichtung jeder Handlung immer an der Stelle angiebt, wo die Ordnung der Verfahrungsart gerade auf diese Handlung führt. Gewöhnlich indessen handelt man in den Lehrbüchern des Processes die letztere Lehre nur unvollständig und bis zu einer, aus unbekannten Gründen willkührlich gezogenen Grenze ab, wodurch denn nothwendig ein Miſsstand entstehet, welcher bey einer, auf ihren Zweck berechneten Lehrmethode vermieden werden muſs.

§. 25.

Nothwendigkeit eines generellen Theils in einem Lehrbuche des Processes.

Wenn es hiernächst gewifs ist, dafs, bey allen den Verschiedenheiten, welche durch die Natur der Gegenstände der Verhandlung für den bestimmten Gang derselben nothwendig gemacht werden können, und durch die von unsern Gesetzen gebilligten, (unten zu bestimmenden) verschiedenen Procefsarten nothwendig gemacht worden sind, es dennoch aus unsern Gesetzen und der Natur der Sache abzuleitende processualische Grundregeln gebe, welche in jeder Procefsart ihre Anwendung finden müssen und deren Kenntnifs demnach vieles beytragen mufs, um die Natur der einzelnen verschiedenen Procefsarten ganz verstehen und richtig beurtheilen zu lernen; — wenn es gewifs ist, dafs sich allgemeine Regeln, über die Einrichtung sowohl aller möglichen processualischen Handlungen, als auch jeder bestimmten Art derselben müssen aufstellen lassen, durch deren Erörterung die Lehre von der Einrichtung jeder e i n z e l n e n Handlung nicht nur ungemein an Deutlichkeit gewinnen mufs, sondern auch alle unnöthigen Wiederholungen vermieden werden können; wenn endlich es bestimmte e i n z e l n e Handlungen giebt, welche bey jeder Art des Processes vorkommen können, aber in keinem Processe gerade nothwendig an eine bestimmte Stelle geordnet werden müssen; so liegt wohl in diesen Momenten ein hinlänglicher Grund, um der Entwickelung der einzelnen Procefsarten einen allgemeinen Theil, zur

Erörterung dieser angegebenen Puncte, vorauszuschicken.

§. 26.

Verschiedenheit des Lehrvortrags in dem allgemeinen und dem besondern Theile.

Es bedarf indessen nur einer flüchtigen Betrachtung des wesentlichen Innhalts dieses allgemeinen Theils, um sich zu überzeugen, daſs die §. 24. angegebene Methode, nach welcher die Lehre von der Einrichtung der gerichtlichen Handlungen in unzertrennlicher Verbindung mit der von der Ordnung der Verfahrungsart vorgetragen werden soll, in diesem nicht befolgt werden könne. Diese Methode bleibt daher dem besonderen Theile eigen; der allgemeine hingegen zerfällt, nach den angegebenen Puncten (§. 25.) in drey Abtheilungen: 1) von den Bestandtheilen des gerichtlichen Verfahrens und der nothwendigen Verbindung derselben im Allgemeinen, 2) von der nothwendigen Einrichtung der processualischen Handlungen im Allgemeinen, 3) von den einzelnen processualischen Handlungen, welchen durch keine Proceſsart eine bestimmte Stelle in der Verfahrungsordnung angewiesen werden kann.

ERSTES BUCH.

Präliminarlehre von den Subjecten und Objecten bey der Verhandlung eines Rechtsstreites.

ERSTE ABTHEILUNG.

Von den Subjecten, oder den Personen, welche bey der Verhandlung eines Rechtsstreites vorkommen.

ERSTES KAPITEL.

Von dem Gerichte.

Erster Titel.

Von den Gerichtspersonen und den nothwendigen allgemeinen Eigenschaften derselben.

§. 27.

Gericht. Gerichtspersonen. Richter. Subalternen.

Der Inbegriff derjenigen Personen, welche von der obersten Staatsgewalt zur Ausübung der Gerichtsbarkeit 1) niedergesetzt sind, bildet das

1) Es bedarf, nach dem vorhergehenden, keiner Erinnerung, dass hier durchaus nur von der streitigen Gerichtsbarkeit in Civilfällen die Rede ist.

Gericht: Die das Gericht bildenden Individuen heiſsen Gerichtspersonen. Man kann diese schicklich in Haupt- und Nebenpersonen eintheilen, je nachdem ihr Daseyn entweder als wesentlich zur Verhandlung eines Rechtsstreites gedacht werden muſs, oder durch dasselbe nur die ordentliche und zweckmäſsige Führung des Processes erleichtert und befördert wird. Die Hauptperson bey dem Gerichte führt den Namen des Richters, denn der, durch die Verhandlung eines Rechtsstreites vor Gericht als wesentlich beabsichtete Zweck ist: daſs gerichtet d. h. nach Untersuchung der Sache entschieden werde. Der Richter ist es sonach, der die Untersuchung des Rechtsstreites leitet, dem die Beweise geführt werden, der den Willen des Gesetzes in dem gegebenen Falle erklärt, und für die Realisirung dieses Willens thätig ist. Er ist sonach die Seele des Gerichts. Alle Nebenpersonen des Gerichts können nur unter seiner Direction, und auf seinen Willen zur Beförderung der Zwecke des Gerichts thätig seyn, weswegen sie auch mit Recht den Namen der Subalternen und Diener führen, je nachdem sie entweder zur Vorbereitung, Aufzeichnung, Ausfertigung der Geschäfte und Aufbewahrung der Acten, (wie Secretarien, Greffiers, Protonotarien, Notarien, Actuarien, Canzelisten, Copisten, Registratoren etc.) oder bloſs zur Aufwartung bey dem Gerichte und Ausrichtung der Befehle desselben durch körperliche Verrichtungen, (wie Thürhüter, Pedellen, Boten etc.) gebraucht werden.

§. 28.

Collegien.

Ist der Richter eine *moralische* Person, so ist das Gericht ein (Justiz) Collegium, in welchem, unter dem Vorsitze eines Directors oder Präsidenten, die Geschäfte des Richters, nach vorheriger gemeinschaftlicher Ueberlegung, und nach der Stimmenmehrheit gefafsten Beschlüssen, vorgenommen werden. Gewöhnlich sind nur die höheren und höchsten Gerichte in den deutschen Landen Collegien, und nur bey diesen pflegt man auch das ganze, oben (§. 27.) angegebene Personale der Subalternen und Diener anzutreffen, wogegen die untersten Gerichte gewöhnlich nur aus dem Richter einem oder einigen Secretarien oder Actuarien, und einem oder einigen Gerichtsdienern (Pedellen) bestehen. Es ist indessen wichtig, auf diesen Unterschied zwischen den Gerichten, ob sie ein Collegium bilden, oder nicht, Rücksicht zu nehmen, denn es ist natürlich, dafs die collegialische Verfassung wichtige Eigenheiten in Ansehung der Verhandlungsart begründen müsse 1)

§. 29.

Unfähige und verdächtige Richter.

Die nothwendigen allgemeinen Bedingungen, welche die Gesetze, in Ansehung dessen,

1) An einzelnen Orten ist der Richter zugleich der Actuarius, eine Organisation, welche überall, als unleidlich schlecht verbannt werden sollte.

welcher das Richteramt versehen will, erfordern, sind: I. daſs er Recht sprechen könne, II. daſs kein Wahrscheinlichkeitsgrund vorhanden sey, welcher zu der Vermuthung berechtigt, daſs er entweder überhaupt, oder doch in einer bestimmten Sache nicht Recht sprechen wolle. Derjenige Richter, welcher entweder überhaupt oder in einer bestimmten Sache nicht Recht sprechen kann, oder von dem zu vermuthen ist, daſs er überhaupt nicht Recht sprechen wolle, ist ein unfähiger Richter, (judex inhabilis), und zwar entweder ein durchaus zum Richteramte (absolute), oder nur zum Richteramte in einer bestimmten Sache (secundum quid) unfähiger; derjenige, von welchem nur zu vermuthen ist, daſs er in einer bestimmten Sache nicht Recht sprechen wolle, ist ein verdächtiger Richter (judex suspectus). Der unfähige Richter kann schlechterdings nicht als Richter betrachtet werden, und alles, was er dennoch als solcher unternimmt, ist, in so ferne er unfähig ist, null und nichtig, der verdächtige Richter dagegen, kann Richter seyn, und bleibt es, nur ist der gegen ihn streitende Verdacht ein Berechtigungsgrund für die Parthieen, sich ihn in Ansehung dieser bestimmten Sache zu verbitten.

§. 30.

Gründe der Unfähigkeit.

I. Weil derjenige nicht Richter seyn darf, welcher nicht Recht sprechen kann, so er-

klären die Gesetze für unfähig, *a*) diejenigen, welche keine Kenntniſs der Rechte und des Gangs des Processes haben 1) welches indessen, da den, nach vorausgegangener Prüfung, angestellten Richter der Staat für fähig zu dem Richteramte erklärt kat 2), heutzutage nur in Ansehung der Erbgerichtsbarkeit, (sobald nämlich von der Ausübung derselben geredet wird) von Gebrauch ist. *b*) Diejenigen, welche vermöge ihrer Jahre oder ihres Geschlechts nicht als selbstständig betrachtet werden können. Deswegen fordern die Gesetze ein Alter von 20 Jahren, jedoch so, daſs es den Parthieen unverwehrt bleibt, sich auch einen 18jährigen Richter gefallen zu lassen, und es der obersten Staatsgewalt immerhin freystehet, auch den, welcher das achtzehnte Jahr noch nicht zurückgelegt hat, durch Uebertragung des Richteramts, für hinlänglich selbstständig zu erklären 3) Aus demselben Grunde werden Weiber 4) für unfähig erklärt, denn das Weib ist in den Augen des Staates dem Manne ganz und ohne allen Vorbehalt unterworfen, es fehlt ihm demnach an der Freyheit und Un-

1) Nov. 82. pr.

2) Zu läugnen ist indessen nicht, daſs die Anstellung unfähiger Leute, da die deutschen Gerichte mit rechtserfahrnen Personen besetzt werden sollen, eine Beschwerde über den Miſsbrauch der Regierungsrechte veranlassen kann.

3) I. 29. X. c. 41. Anders entscheidet XLII. 1. fr. 57. Vergl. auch hier obige not. 1.

4) V. 1. fr. 12. §. 2.

abhängigkeit, welche zum Behufe der nothwendigen Verantwortlichkeit des Staatsbeamten vorausgesetzt wird. Auch bey den Römern galt dieser Grundsatz, weil, der Richterfunction obzuliegen, gegen die Weiblichkeit ist, ein Gesichtspunct, der auch für uns entscheidet, wo der angeführte nicht entscheiden sollte. *c*) Diejenigen, welche durch einen Mangel der Geisteskräfte aufser Stand gesetzt werden, das Richteramt gehörig zu verwalten 1), wie Wüthende, Wahnsinnige u. s. w. *d*) Diejenigen, welche durch körperliche Gebrechen gehindert werden, die richterlichen Geschäfte zu versehen. Dahin gehören Taube, Stumme 2), auch Blinde 3); jedoch wird man

1) V. 1. fr. 12. §. 2. (Wenn ein solcher Mensch lichte Zwischenräume hätte, so würde das, was er zu einer solchen Zeit in einer bestimmten Sache gethan hätte, nicht nichtig seyn, ibid. fr. 39. pr. u. fr. 46.

2) V. 1. fr. 12. §. 2.

3) Fr. 6. ibid. sagt zwar das Gegentheil, es dürfte dieses Fragment aber nach Cod. VII. 44. Const 2. 3. sein Entscheidendes verlieren. Ueberhaupt mufs man sich hier, wie überall, sehr in Acht nehmen, dafs man nicht von den römischen Bestimmungen über den judex pedaneus auf unsere Richter, welche die Gerichtsbarkeit als ein Amt verwalten, unbedingt Schlüsse ziehe. Wo die Römer eine Fähigkeit, judex zu seyn, annehmen, da wird man zwar, der Regel nach, auch keine Unfähigkeit der einzelnen Handlungen annehmen können, welche ein solcher Richter, so lange er angestellt war, vornahm, Untauglichkeit zu fortdauerndem Versuchen des Richteramts und Grund zur Remotion eines solchen Richters

behaupten müssen, daſs wenn der Richter während seines Amtes von dergleichen Gebrechen befallen wird, die von ihm in diesem Zustande vorgenommenen Geschäfte nur alsdann nichtig seyen, wenn zu denselben, ihrer Natur nach, die Abwesenheit dieses Gebrechens gerade wesentlich erforderlich war. *e*) Diejenigen, welche der Grund der Constituirung des Richteramts von demselben ausschliest. Aus diesem Grunde kann keiner in seiner eigenen Sache Richter seyn, 1) denn es ist der Grund der Entstehung der Gerichte, daſs von jedem Individuum das eigene Gericht nothwendig aufgegeben werden muſste. Natürlich ist aber diese Unfähigkeit nur auf diese bestimmte Sache eingeschränkt.

II. Weil derjenige nicht Richter seyn darf, von dem nicht zu vermuthen ist, daſs er überhaupt Recht sprechen wolle, so erklären endlich die Gesetze *a*) alle diejenigen für unfähig, die sich durch ihre Handlungen den Verlust ihrer bürgerlichen Ehre und ihres guten Namens zugezogen haben. 2) *b*) Diejenigen, welche keiner der im ehemaligen deutschen Reiche

von dem Amte kann aber demungeachtet vorhanden seyn. Man verwechsele daher nie den Standpunct des Privatrechts mit dem des öffentlichen, welche in dieser Lehre beide von entscheidendem Gewichte sind.

1) V. 1. fr. 17, Cod. III. 5. Const. un. Von einem solchen Richter ist freylich auch zu erwarten, daſs er nicht Recht sprechen wolle; allein dieser Grund würde ihn nur verdächtig machen.

2) V. 1. fr. 12. §. 2.

recipirt gewesenen Religionen zugethan sind 1), von welchen eben deswegen zu befürchten ist, daſs Religionshaſs auf ihre Urtheile Einfluſs haben könnte.

§. 31.

Verdachtsgründe.

Mit Recht stellt man, um die Fälle, in welchen der Richter als verdächtig betrachtet werden kann, zu umfassen, nach der Rechtsanalogie, die Regel auf: daſs jeder Grund, aus welchem ein Zeuge als verdächtig dargestellt werden könne, auch als hinlänglicher Verdachtsgrund gegen den Richter betrachtet werden müsse. Diese Gründe lassen sich, wenn man von dem, was der Natur der Sache nach nur auf die Zeugen paſst, absieht, darauf zurückführen, daſs entweder aus den Verhältnissen des Richters zu den Parthieen, oder aus andern Thatsachen, ein bestimmtes Interesse desselben zu einer ungleichen Justizverwaltung erhellen müsse. Alle Beyspiele, in welchen die Gesetze 2) die allgemeine Regel anschaulich zu mahen suchen, passen unter diese angeführte.

1) R. A. 1555. §. 106. I. P. O. a. 7. §. 1. R. A. 1654 § 23. Manche Landesgesetze haben noch bestimmtere Bedingungen in Rücksicht der Religion und des Standes.

2) l. 29. X. c. 25. ll. 1. fr. 10. ll. 28. X. c. 36. et 41. §. 1. etc.

§. 32.

Verwerfung des unfähigen und verdächtigen Richters.

Es hängt, nach dem Obigen, von den Parthieen ab, ob sie dem Richter, gegen welchen rechtliche Verdachtsgründe vorhanden sind, der aber darum noch keineswegs unfähig ist, nicht dennoch trauen wollen. Erklären sie dieses durch irgend eine concludente Handlung, so ist der vorhandene Verdacht kein Berechtigungsgrund mehr für sie, diesen Richter zu verwerfen. Eine solche concludente Handlung ist nun offenbar, wenn sie den Richter selbst zum Recht sprechen, durch Verhandlungen vor ihm, auffordern, wenn der Kläger klagt, oder der Beklagte auf die Klage sich einläſst, vorausgesetzt, daſs damals schon der Verdachtsgrund vorhanden und ihnen bekannt war 1) Wollen sie also den verdächtigen Richter verwerfen, so muſs der Kläger die Verdachtsgründe, bevor er klagt, durch eine Schrift zur Wissenschaft des nächsten Oberrichters, welcher hierüber allein zu entscheiden hat 2), bringen, womit auch die Klage allenfalls zugleich überreicht werden kann, der Beklagte hingegen muſs vor der Einlassung sich des vorhandenen Verwerfungsgrundes, als einer den Gerichtsstand ablehnenden Einrede, bedienen, wodurch der verdächtige Richter auſser Stand

1) l. 29. X. c. 25. ll. 25. X. c. 4.

2) arg. l. 14. c 4. in 6to. Aus miſsverstandenen römischen Gesetzen (Cod. III. 1. const. 18.) macht freylich eben dieses Cap. (vergl. auch ll. 2 X. c. 10. u. ll. 28. X. c. 61) auch noch andere Verfügungen, welche aber nicht zu unsrer Gerichtsverfassung passen.

gesetzt wird, bis zur Entscheidung über den Grund oder Ungrund des Verdachts durch den Oberrichter 1) in der Sache fortzufahren. Damit der Oberrichter hierüber entscheiden könne, muſs der angeführte Verdachtsgrund von der Parthie sogleich bescheinigt werden, und nur in Ermangelung eines vollen Beweises ist das Anerbieten zur Ableistung des Verwerfungseides (juramenti perhorrescentiae) 2) so wie die wirkliche Ableistung desselben, (welche aber, so wie jede Anführung eines Verwerfungsgrundes, an sich keine Beschimpfung für den verdächtigen Richter enthält) zulässig Gleiches Verfahren tritt alsdann ein, wenn ein Richter

1) An diesen hat man sich entweder schon gewendet, in welchem Falle man die Bescheinigung hiervon der Einwendung der genannten Einrede beylegt, oder man muſs sich noch an denselben wenden, in welchem Falle der Unterrichter dann eine bestimmte Frist zu diesem Ende zu ertheilen pflegt.

2) Nach der Auslegung des I 3. c. 11. §. 1. in 6to Mit Unrecht hat die Behauptung derjenigen, welche den Verwerfungseid, auch wenn gar keine Ursache angeführt oder bescheinigt ist, für zulässig erklärt, viele Anhänger gefunden (vergl. *J. H. Boehmer* J. E. Pr. T. I. L. II. T. II. §. 69. sq. In dem gemeinen Rechte findet sie keine Stütze, wiewohl man freylich in diesem Punkte mit Recht nicht sehr strenge ist. Die gewöhnliche Formel des Verwerfungseides ist: wie er nicht (glaube, noch) sich versehe, daſs N. N. ihm wider N. N. durchgehende und gleiche Gerechtigkeit handhaben werde, diese Formel scheint aber, aus der eben miſsbilligten Ansicht hervorgegangen zu seyn.

wegen Unfähigkeit verworfen werden soll, nur kann in diesem Falle von dem Verwerfungseide die Rede nicht seyn. Wird die Verwerfung für gegründet erklärt, so wird nun der Rechtsstreit vor Commissarien, welche der Oberrichter zu ernennen hat, und welche an die Stelle des verworfenen Richters treten, verhandelt 1). Was übrigens von der Verwerfung des einzelnen Richters gilt, muſs auch von der Verwerfung eines ganzen Collegiums gelten, das aber freylich darum, weil einzelne Mitglieder desselben mit Recht verworfen worden sind 2), noch nicht selbst verworfen ist 3), obgleich die Nothwendigkeit seiner Ergänzung eintreten kann, wenn durch die Recusation einzelner Mitglieder

1) Man behauptet zwar gewöhnlich, daſs der Oberrichter auch die Entscheidung der Sache selbst an sich ziehen könne; allein man würde hierdurch ohne Noth das Recht der ersten Instanz der Parthieen verletzen. Vergl. *Gönner* a. a. O. n. IV. — Handbuch I. 12.

2) In Ansehung der Verwerfung einzelner Mitglieder ist, wenn nicht dadurch mittelbar das Collegium in der Möglichkeit, als solches zu handeln, gehindert wird, nicht einmal das in dem §. bezeichnete Verfahren Statt findend, welches auf die Verwerfung des Richters, nicht einer einzelnen Gerichtsperson, berechnet ist. In solchen Fällen genügt vielmehr eine Vorstellung an das Collegium selbst, deren Bitte zwar abgeschlagen werden kann und alsdann der Provocation an das höhere Gericht Raum giebt, welcher aber kurzer Hand dadurch willfahrt wird, daſs das recusirte Mitglied sich des Referats und des Votirens enthält.

3) II. 2. X. c. 10. *Gönner* a. a. O. n. III. Die Regeln zur Abfassung der Imploration an den Oberrichter, sind die allgemeinen, wovon unten.

die zur organisationsmäßsigen Thätigkeit des Collegii erforderliche Anzahl von Personen hinwegfällt.

§. 33.

Oeffentlicher Glauben der Verhandlungen der Gerichtspersonen.

Von den übrigen Gerichtspersonen ist nichts besonderes zu bemerken. Von ihrem Amte sind nur diejenigen ausgeschlossen, welche von allen öffentlichen Bedienungen ausgeschlossen sind, oder welchen die in besondern Landesgesetzen bestimmten Erfordernisse mangeln, und die Eigenschaften, welche man bey ihnen voraussetzt, sind hauptsächlich: Liebe zur Ordnung und Pünktlichkeit. Dagegen verdient hier bemerkt zu werden, daſs das, was die beeidigten 1) Gerichtspersonen von Amts wegen, als vor ihnen geschehen, und von ihnen gethan, in Amtssachen bezeugen, vollen gerichtlichen Glauben habe 2), jedoch nur so lange, bis dieser Glauben durch einen vollen Beweis des Gegentheils aufge-

1) Denn die Gerichtspersonen müssen, wie alle Staatsdiener, bey der Uebernehmung des Amts vereidet werden.

2) Cod. VII. 52. const. 6. Wenn es indessen nicht landesgesetzlich hergebracht ist, daſs der Richter, oder der Actuarius allein fidem protocolli hat, so wird zum öffentlichen Glauben die Gegenwart beyder erfordert, und in Ermangelung eines Actuars, muſs der Richter zwey Zeugen zuziehen. II. 20. X. c. 28. II. 19. X. c. 11. *Shaumburg* pr. prax. jud. §. 13. not. ****) *Leyser* Sp. XXXVII. m. 7. Sp. LXX. m. 6. 7. Sp. LXXI. *Hofacker* pr. jur. Rom. Germ. §. 4256. Wiewohl auch viele entgegengesetzter Meinung sind.

hoben werden kann 1). Wegen der Möglichkeit eines Irrthums des Concipienten kann dieser Beweis gegen nicht durch Unterschrift genehmigte Protocolle selbst durch einen, dem Gegentheile zugeschobenen Eid hergestellt werden, aber keineswegs durch einen dem Actuar zugeschobenen, wenn man nicht muthwillig die Zahl der Meineide vermehren, und auf eine unrechtliche Art dem Actuar den nach den Gesetzen ihm gebührenden öffentlichen Glauben bezweifeln will 2)

Zweiter Titel.

Von der Zuständigkeit des Gerichts und den Instanzen.

§. 34.

Zuständigkeit. Gerichtsstand.

Aufser den angeführten allgemeinen Bedingungen zur Verwaltung des Richteramts erfordern die Gesetze noch weiter, dafs der Richter (das Gericht) in der Sache, welche von ihm entschieden werden soll, zuständig (competens) sey, d. h. dafs ihm, vermöge der Natur

1) II. 22. X. c. 10.

2) Vergl. *Geiger* und *Glück* merkwürdige Rechtsfälle 1. Th. n. 11. und die daselbst angeführten. Diese gestatten jedoch auch in dem letzteren Falle die Eideszuschiebung. Dagegen ist zu vergl. *Hofacker* pr jur. civ. rom. germ. §. 4256. *Danz* ordentl. Procefs. §. 45. u. a. verwerfen alle Eideszuschiebung.

und der Grenzen der ihm von der obersten Staatsgewalt verliehenen Gerichtsbarkeit, das Recht zustehe, in der bestimmten Sache, von welcher die Rede ist, nach geschehener Aufforderung des Klägers, den Beklagten vorzufordern, damit er sich seinem Rechtsspruche unterwerfe. Vor dem Gerichte, wo der Staatsbürger, wenn er belangt werden soll 1), zu erscheinen, und über sich Recht sprechen zu lassen, verbunden ist, sagt man, habe dieser seinen Gerichtsstand (diefs sey sein forum). Mithin ist die Frage, welcher Richter der zuständige in der Sache sey? mit der, vor welchem Gerichte der Beklagte seinen Gerichtsstand habe? eine und dieselbe.

§. 35.

Von der Unterordnung der Gerichte untereinander und den Instanzen.

Bevor man zu der Beantwortung der aufgestellten Frage übergeht, ist es nothwendig, zu bemerken, dafs man in Deutschland, um, so viel es möglich ist, zu verhüten, dafs kein ungerechter Richterspruch geltend gemacht werden könne, es für nöthig gehalten habe, mehrmalige Erörterungen und Entscheidungen einer und derselben Streitsache zuzulassen. Der In-

1) Es ist daher aus der Natur der Sache genommene Grundregel für die Beurtheilung der Zuständigkeit der Gerichte, dafs nur nach dem zuständigen Gerichte des Beklagten gefragt werden könne; vergl. Cod. III. 13. const. 2. 19. const 3. II. 2 X. c. 8. Nur scheinbare Ausnahmen lassen sich gegen diese Regel anführen.

begriff derjenigen Handlungen, welche zu einer solchen Erörterung und Entscheidung gehören, heiſst eine **Instanz**. Durch Unterordnung mehrerer Gerichte untereinander und Anlegung von Ober- und höchsten Gerichten hat man dafür gesorgt, daſs derselbe Rechtsstreit in mehreren 1) Instanzen, gewöhnlich bey verschiedenen Gerichten, verhandelt werden kann 2). In

1) Ueber das vorzüglich durch die, in der folgenden Note angeführten Gesetze begründete Recht der Deutschen auf mehrere, höchstens drey, Instanzen, über die in den ehemaligen constitutionellen Bestimmungen des Reichs gegründet gewesenen Verwerflichkeit der Instanzenmultiplication und die Rechte und Verbindlichkeiten deutscher unmittelbaren Obrigkeiten in Hinsicht der Gerichtsorganisation siehe die, mit ächt philosophisch historischem Geiste geschriebene Abhandlung *Gönners* in dem Handbuche Bd. III. n. XXXVII. verb. mit *Schicks*. folg. Note.

2) Von der Verwerflichkeit der Kabinetsinstanz. R. D. A. 1600 §. 15. J. R. A. §. 108. et 109. *Schick* de illicita instantiarum multiplicatione. Gissae 1788. Verbessert und in deutscher Sprache 1802. 8 *Gönner* Handbuch I. 1. Alles was richterliches Geschäft ist, ist nicht Kabinetsgeschäft. Auch scheint das, von *Gönner* aus dem Rechte der Oberaufsicht abgeleitete Recht des Landesherrn zu Eröffnung seiner Zweifel gegen die Rechtmäſsigkeit des richterlichen Verfahrens wenigstens nicht empfehlungswerth für die Gesetzgebung. Es genügt, daſs über den unrechtlich handelnden Richter eine Untersuchung veranlaſst werden kann. Ueber die Verwerflichkeit der Kabinetsinstanz in den Rheinischen Bundesstaten s. *von Kampz* und *von Stein* Gedanken über Kabinetsjustitz, besonders in den Staaten des Rheinischen Bundes in *Winkopps* Rheinischem Bunde. Heft 12. n. 32.

der Regel giebt es daher in jeder Sache mehrere, in verschiedenen Graden zuständige Gerichte, wo dann mit der Bestimmung des zuständigen in der ersten Instanz die Zuständigkeit der diesem vorgesetzten Gerichte für die höhern Instanzen von selbst bestimmt ist.

§. 36.

Eintheilungen des Gerichtsstandes

Es ist schlechthin nothwendig, daſs das Gesetz eine allgemeine Vermuthung begründe, vor welchem Gerichte in einem bestimmten Districte alle Rechtsstreitigkeiten der Bürger in erster Instanz angebracht werden können. Vor diesem Gerichte würde dann der gesetzliche allgemeine Gerichtsstand der Bürger (forum legale, generale) seyn. Von dieser Vermuthung aber können Ausnahmen statt finden, und finden in Deutschland folgende statt: *a*) in Ansehung bestimmter einzelnen Sachen hat man, weil sie, ihrer eigenthümlichen Beschaffenheit wegen, oft mit leichterer Mühe und besser vor einem andern Richter verhandelt werden können, sie vor diesem zu verhandeln erlaubt oder geboten. Dadurch sind denn verschiedene gesetzliche besondere Gerichtsstände (fora legalia, specialia) begründet worden. *b*) Man hat ganze Classen von Personen (hier und da auch einzelne) und ganze Classen von Sachen, letztere hauptsächlich wegen der bey ihnen oft nothwendigen eigenthümlichen Behandlungsart, durch besondere Befreiungen, der Gerichtsbarkeit des gewöhnlichen Richters entnommen, und dieselben

vor besondere Gerichte gewiesen. Dadurch sind denn besondere befreite Gerichtsstände (fora legalia privilegiata) entstanden, welchen die andern unter dem Namen der nicht befreiten (fora legalia communia) entgegengesetzt werden. *c*) Man hat ferner sich genöthigt gesehen, in bestimmten ausserordentlichen Fällen von der, sonst allgemein geltenden Regel: jeder muſs in dem Gerichte belangt werden, welches das gesetzlich zuständige Gericht desselben in der ersten Instanz ist, abzuweichen, und die Sache sogleich auſser der Ordnung vor das, sonst nur in höherer Instanz zuständige Gericht bringen zu lassen. Dadurch wird der Unterschied zwischen den gesetzlichen ordentlichen oder ausserordentlichen Gerichtsständen (fora ordinaria et extraordinaria) begründet. Endlich *d*) ist durch alle diese gesetzlichen Bestimmungen die Freyheit der streitenden Theile, sich einen andern Gerichtsstand zu wählen, nicht völlig aufgehoben worden, weswegen den bisher aufgeführten gesetzlichen Gerichtsständen die gewillkührten (forum pactitium s. prorogatum) entgegengesetzt werden müssen.

§. 37.

A. *Arten der gesetzlichen Gerichtsstände.* I. *Ordentliche:* a. *Nicht befreite.* 1. *Der allgemeine.*

Die allgemeine Vermuthung, welche die Gesetze aufstellen, ist: daſs jeder vor dem, von der Staatsgewalt im allgemeinen zur Verwaltung der Gerichtsbarkeit in erster Instanz niedergesetzten Gerichte, in dessen Gerichts-

bezirk er seinen Wohnsitz hat, belangt werden könne. Vor diesem Gerichte, sagt man daher, habe der Bürger seinen Gerichtsstand des Wohnorts (forum domicilii). Seinen Wohnsitz wählt jeder, der seinen Willen mit rechtlicher Wirkung zu erklären im Stande ist 1), willkührlich 2), und wir erkennen diesen Willen entweder aus seiner, mit der Bereitung der Wohnung an einem Orte verbundenen ausdrücklichen Erklärung, oder aus concludenten Handlungen, welche aber nothwendig darauf hingehen müssen, den Entschluſs, an diesem Orte seine Heimath zu haben an den Tag zu legen. Die Möglichkeit einer freywilligen Aenderung dieses Entschlusses bleibt dabey vorbehalten, 3) wenn aber die Aenderung der Niederlassung schon zum voraus, durch die Erreichung eines gewissen temporellen Zwecks, bestimmt ist, dann folgt aus der Niederlassung eben so wenig 4) die

1) d. h. wer über seine Person und Vermögen verfügen kann. Das Weib kann dieses nicht, und daher die Regel; uxor sequitur forum mariti. V. 1. fr. 65. L. 1, fr. ult. §. 3. Die Wittwe hat aber freyen Willen, zu ändern. L. 1. fr. 22. §. 1.

2) Den Fall der Relegation und Verstrickung an einen Ort ausgenommen, wo ad interim ein Wohnort aufgedrungen wird. L. 1. fr. 22. §. 3.

3) Diese hängt daher, so wie die erste Wahl, von der Willkühr ab, L. 1. fr. 17. §. 11. wo nicht Landesgesetze etwas verfügen.

4) XLVII. 10. fr. 5. §. 5. Wohl aber kann ein Bürger an mehreren Orten zugleich seinen Wohnsitz haben. L. 1. fr. 5. c. 6. §. 2.

Wahl eines Wohnorts als aus dem blosen Ankaufe liegender Güter oder Häusser 1)

Bey denjenigen, welche sich noch keinen bestimmten Wohnsitz wählen konnten, oder welche sich keinen wählen wollten (Vagabunden), tritt an die Stelle des Gerichtsstandes des Wohnortes derjenige Gerichtsstand, welchen der Vater (bey unehelichen die Mutter) derselben, als ihren allgemeinen (befreiten oder nicht befreiten) anerkennen 2). Dieser ist unter dem Namen des Gerichtsstandes des Geburtsortes (forum originis) bekannt, führt aber nur diesen Namen, ohne in der Sache etwas mit dem römischen foro originis gemein zu haben 3)

§. 38.

II. *Die besonderen.* a. *Der gelegenen Sache.*

In Ansehung der, den Besitz einer Sache betreffenden Rechtsmittel 4), so wie in Ansehung aller petitorischen dinglichen, und vielleicht auch in Ansehung der gegen jeden Besitzer gerichteten persönlichen (in rem scriptae act.) Kla-

1) Eine Ausnahme wird, nach besonderen Rechten, durch den vollen Landsassiat begründet.

2) Bey Findelkindern nimmt man den Ort, wo sie gefunden, bey Kindern der Vagabunden den Ort, wo sie getauft wurden, um darnach ihr forum zu bestimmen

3) Vergl. *Glück* Erl. der Pand. §. 511. und die das. angef.

4) C. III. 16. const. un. ibid. 20. const. un. Bey den interdictis retinendae oder recuperandae possessionis liegt indessen der Grund der Berechtigung des fori rei sitae wohl eigentlich darin, daſs es als Forum delicti erscheint. *Savigny* das Recht des Besitzes S. 26.

gen 1), muſs jeder, die Sache sey beweglich oder unbeweglich 2), körperlich oder unkörperlich, eine einzelne (singularis), oder eine Sachengemeinheit bildende (universitas rerum) 3), sich bey dem Gerichte stellen, welchem im Allgemeinen die Gerichtsbarkeit in erster Instanz in demjenigen Districte anvertraut ist, in welchem die Sache liegt, oder welchem in diesem Districte die Gerichtsbarkeit über die Güter, von welchen die Rede ist, vermöge Privilegiums, gebührt. Hier also muſs jeder, er sey nun in dem Gerichtsbezirke wohnhaft oder nicht, seinen Gerichtsstand in Ansehung dieser Sachen (forum rei sitae) anerkennen. Die possessorischen Rechtsmittel sind ausschlieſsend an dieses Gericht gebunden 4), in Ansehung der petitorischen Klagen hingegen hat sich der Gerichtsgebrauch, bey der nicht über alle Schwierigkeiten erhabenen Auslegung der Gesetze 5),

1) Ibid. 19. Const. 1. 2. 3.

2) V. 1. fr. 38.

3) Cod. lll. 19. et 20. Wenn die Sache an mehreren Orten zerstreut ist, so ist darauf zu sehen, wo der gröſste Theil derselben gelegen ist. V. 1. fr. 50. et 52. etc.

4) C. lll. 16. const. un. et 20. const. un.

5) In Ansehung der unbeweglichen Sachen kann zwar die ausschlieſsende Zuständigkeit des fori rei sitae vertheidigt werden. V. 1. D fr. 38 vergl. *Weber* Beyträge zu der Lehre von gerichtlichen Klagen und Einreden n. 11.) zumal wenn man die Bestimmung der const. un. Cod. lll. 20. aus der Natur einer actio mixta erklärt, doch ist die Stelle C. lll. 19. 3. eher gegen *Webers* Ansicht und so auch lll. 33. Cod. (de praes.) c. 12. "nihil enim prohibet sive in eadem provincia res consti-

ziemlich allgemein gegen die ausschliefsende Zuständigkeit dieses Gerichtsstandes erklärt.

§. 39.

b) Der begründeten Verbindlichkeiten.

Jeder soll vor dem, der Regel 1) nach, in der ersten Instanz zuständigen Richter desjenigen Orts, wo er eine Verbindlichkeit 2) zu erfüllen versprochen hat 3), oder, der Natur derselben gemäfs, zu erfüllen verbunden ist 4), in Ansehung aller, aus der Verbindlichkeit entsprin-

tutae sint, sive in alia, super his controversiam in judicio provinciali moveri et multo magis in hac florentissima civitate" und auf jeden Fall möchte es, da doch die Sache wenigstens zweifelhaft bleibt, räthlicher seyn, dem Gerichtsgebrauche ferner zu folgen. In dem Concursprocesse würde sich die entgegengesetzte Maxime schwerlich zum Vortheile des Verfahrens, sehr reformirend äussern.

1) Er müfste denn an diesem Orte einen befreiten Gerichtsstand haben, in welchem Falle dieser der Gerichtsstand der kontrahirten Verbindlichkeit ist.

2) L. 19. 20. de judic. Vergl. über diese ganze Lehre *Martin* Lehrb. §. 47. folg.

3) XLIV. 7. fr. 21. Sind mehrere Zahlungsorte genannt, so kann in jedem nur ein Theil eingeklagt werden, es müfsten denn die Orte alternativ genannt seyn, in welchem Falle dem Kläger die Wahl zusteht. XIII. 4. fr. 2. §. 3. 4.

4) d. h. entweder der Ort, wo die unbewegliche Sache liegt, auf deren Uebergabe die Verbindlichkeit geht, oder der Ort, wo die Verbindlichkeit zu ihrer Vollkommenheit gediehen ist. V. 1. fr. 19. §. 1. fr. 20. 45. Dieses ist nicht der Ort, wo der schriftliche Aufsatz

genden Klagen 1), (sie mögen nun auf die Erfüllung oder Aufhebung 2) derselben gehen), belangt werden können. Hier muſs also jeder seinen Gerichtsstand der begründeten Verbindlichkeit (forum contractae obligationis und seine Unterarten — forum contractus, gestae administrationis et delicti) anerkennen. Die Behauptung Vieler, daſs dieser Gerichtsstand nur dann begründet sey, wenn der Verbundene an dem Orte der begründeten Verbindlichkeit angetroffen werde, oder doch daselbst Güter besitze, welche mit Arrest belegt werden könnten 3) läſst sich mit theoretisch zureichenden Gründen nicht vertheidigen.

§. 40.

Insbesondere der geführten Verwaltung.

Insbesondere sollen alle aus der Verwaltung fremder Geschäfte entspringende Klagen 4) bey dem Gerichte angebracht werden können,

über ein Geschäft verfertigt wird, es müſste denn dieser als Bedingung der Vollkommenheit beliebt worden seyn. XLIV. 7. fr. 38.

1) Ausgenommen die Klage der Frau aus der Ehestiftung, V. 1. fr. 65.

2) Viele behaupten, nach const. 2. C. ll. 47. das Gegentheil. Man sehe aber *Hofacker* pr. jur. R. G. §. 4235. n. a.

3) Nach ll. 2. c. 1. in 6to. verb. mit V. 1. fr. 19. S. *Glück* Erl. d. P. Th. VI. S. 304. n. 38. Wer einem bloſs Durchreisenden creditirt, soll angesehen werden, als habe er dem Gerichtsstand des Contracts entsagt. V. 1. fr. 19. §. 2.

4) Sie seyen also directae oder contrariae.

vor welchem die Verwaltung geführt, oder von welchem sie aufgetragen worden ist, oder endlich, wenn keines von beyden der Fall ist, bey dem in der Regel in erster Instanz zuständigen Richter des Districts, in welchem die Verwaltung geführt worden ist 1). Dieser Gerichtsstand (forum gestae administrationis) ist allerdings eine Art des in dem vorigen §. bezeichneten Gerichtsstandes 2), und, so sehr er auch die verdiente Begünstigung in den Gesetzen gefunden hat, so dürfte doch wohl eine ausschliessende Zuständigkeit desselben schwerlich vertheidigt werden können 3)

§. 41.

c) *Des Arrests.*

In denjenigen Fällen, wo es dem sonst unzuständigen Richter erlaubt ist, Personen oder Sachen mit Arrest zu belegen 4), begründet der angelegte Arrest in Ansehung des Gegenstandes, für welchen er ertheilt wurde, bey dem den Arrestbefehl ertheilenden Gerichte einen zuständigen Gerichtsstand für den Impetraten 5).

1) V. 1. fr. 19. §. 1. et fr. 36. §. 1. — C. III. 21. const. 1. 2. R. P. O. 1577. art. 32. §. 3.

2) *Pütter* Rechtsf. B. III. Th. 3. S. 770.

3) Vergl. *Gönner* Handb. I. 15. dessen Ausführung ich durch das, was *Weber* l. c. n. 2. dagegen gesagt hat, nicht für widerlegt halte.

4) Die Gründe hierzu werden im Arrestprocesse abgehandelt.

5) R. A. 1594. §. 82. 83.

§. 42. a.

d) wegen des, aus der genauen Verbindung der Sachen entstehenden Zusammenhangs.

Ferner befehlen die Gesetze, daſs, wenn mehrere Sachen verschiedener Art in einer solchen engen Verbindung mit einander stehen, daſs die eine, ohne Nachtheil für die Verhandlung, nicht vor einem andern Gerichte, als die andere, verhandelt werden könne 1), sie alle bey demjenigen Gerichte angebracht werden sollen, welches in Ansehung der Hauptsache das zuständige ist, oder bey welchem, wenn diese Rücksicht nicht die Zuständigkeit bestimmen kann, die eine derselben schon rechtlich angebracht worden ist 2). Wenn auch ein solches Gericht sonst nicht das zuständige in Ansehung aller dieser Gegenstände gewesen seyn würde, so wird es doch wegen dieses Zusammenhangs (ob continentiam ex causarum connexitate) das ausschlieſsend zuständige 3), es müſste denn eine oder die andere dieser Sachen, durch eine besondere Befreiung, der Gerichtsbarkeit eines befreiten Richters, ohne alle Ausnahme, unterworfen worden seyn.

1) *J. Ph. Carrach* de foro continentiae causarum ex connexitate ad L. 10. C. de jud. Halae 1751.
J. A. Bach de causis conjunctis. In Opusc. n. VII.

2) C. III. 1. const. 10. 11. 12. X. c. 1.

3) s. d. angeführten Gesetze. Die unnöthige Trennung der Sachen soll sogar Strafe und den Kostenersatz nach sich ziehen, vergl. die angef. Ges. auch I. 3. c. 3. in 6to.

§. 42 *b.*

f) Wegen Reconvention.

Endlich muſs jeder die Zuständigkeit eines sonst unzuständigen Richters in allen, nicht besonders privilegirten Reconventionssachen anerkennen 1).

§. 43.

B. *Befreite Gerichtsstände.* 1. *In Ansehung der Personen.*

Diejenigen Klassen von Personen, welche man durch Befreiungen dem gewöhnlichen Richter entzogen, und einem besonderen Gerichte, in allen nicht ausgenommenen Sachen, in erster Instanz, unterworfen hat, sind: *a*) die Geistlichen, welche so lange, bis sie feierlich degradirt, oder förmlich abgesetzt worden sind, bisher nur allein vor den über sie gesetzten geistlichen Gerichten ihren Gerichtsstand erkannten 2). In den weltlichen Sachen der Geistlichen waren aber die geistlichen Gerichte immer nur ex delegatione principis 3)

1) V. 1. fr. 22. Cod. VII. 45. const. 14. Nov. 96. c. 2. (vergl. §. 60)

Die gemeinen besondern Gerichtsstände gehen unter denselben Bestimmungen auch auf den Erben über, selbst wenn der Erblasser sich noch nicht eingelassen hatte. V. 1. fr. 19. pr.

J. C. Koch diss. de foro heredis. Gissae 1765. §. 22.

2) II. 2. X. fast durchaus. *Malblanc* de re jud. §. 121. folg.

3) Cap. laes. Art. XIV. und s. einen schönen Commentar darüber in *Gönners* Rechtsfällen B. I. n. XIII.

und mithin als weltliche Gerichte, befugt, die Gerichtsbarkeit auszuüben und daher waren die weltlichen Regenten, bey den erfolgten Secularisationen, auch befugt, ihre Delegationen wieder einzuziehen und die Geistlichen in weltchen Sachen den weltlichen Gerichten wieder zu unterwerfen, welches denn auch häufig geschehen ist. *b*) Die akademischen Bürger, deren zuständiger Gerichtsstand in der Regel der akademische Senat ist. 1). *c*) Die Gesandten, welche, vermöge der herkömmlichen Exterritorialität, sowohl in Ansehung ihrer Person, als auch ihrer Güter 2) und Gefolges, nur allein vor den Tribunalen des Landes, welches sie gesendet hat, verantwortlich gemacht werden können 3). *d*) Die Soldaten, welche, den Gerichtsstand der gelegenen Sache ausgenommen, gewöhnlich nur bey den Kriegsgerichten belangt werden können 4) *e*) Die mediatisirten Fürsten und Grafen und

1) C. IV. 13. Auth. habita.

2) Es müfste denn keinem Zweifel unterworfen seyn, dafs sie dieselben in einer andern Eigenschaft, denn als Gesandten, besäfsen. Auch läfst sich nicht geradezu behaupten, dafs, nach geendigter Gesandtschaft, die Effecten der Gesandten nicht wegen ihrer Schulden mit Arrest belegt werden dürften.

3) vergl. *G. F. v. Martens* Einleitung in das positive Europäische Völkerrecht. 7. Bd 5. Hauptst. §. 213. folg.

4) Dieser befreite Gerichtsstand ist zwar schon in römischen Gesetzen gegründet (C. XII. 36), allein die Verschiedenheit der Gerichtsverfassung in den einzelnen deutschen Landen hat auch in Ansehung der Grenzen dieser Befreiung grofse Verschiedenheit zur Folge.

die Adlichen, von welchen jene bey Klagen gegen ihre Person gewöhnlich bey den höchsten Landesgerichten in Ansehung ihrer Güter aber bey den Provinzial-Justitz-Collegien ihren Gerichtsstand anerkennen, diese dagegen in der Regel für sich, so wie auch häufig in Ansehung der Rittergüter, der Schriftsässigkeit geniefsen 1). Die übrigen Personal-Befreiungen müssen aus Landesgesetzen abgeleitet werden 2).

§. 44.

2) *In Ansehung ganzer Klassen von Sachen.*

Nach gemeinem Rechte können zu den, durch besondere Befreiungen, einem bestimmten Richter übertragenen Klassen von Sachen nur die eigentlichen Lehnssachen (causae mere feudales) 3), die geistlichen 4) (causae ecclesiasticae), die akademischen disciplinar, und die eigentlich militärischen gerechnet werden. Ausser diesen ge-

1) Sachsen macht hier eine Ausnahme.

2) Z. B. dis Befreiungen der Hofbedienten, der Staatsbeamten u. d. gl. Dafs auch das Gesinde unter dem privilegirten Gerichtsstande seines Herrn stehe, läfst sich nicht gemeinrechtlich beweisen. *Martin* §. 54. *Sieber* §. 186, ausgenommen bey Academikern. Vergl. die alleg. Auth.

Von dem Grunde aller persönlichen befreyten Gerichtsstände, welcher da, wo die Gerichte der ersten Instanz, nach französischem Typus, collegialisch organisirt sind, hinwegfällt.

3) II. F. 10. 16. 20. etc.

4) cf. *G. L. Böhmer* pr. jur. can. §. 240. 241.

hören aber hin und wieder in Deutschland die Dinghöfe, Meyerdinge, Holz-und Märkergerichte, Berg-Salz-Deich-Wassergerichte, Baugerichte, Handels-Banco-Wechselgerichte 1) u. d. gl. zu den in Rücksicht der Sachen befreiten Gerichten.

§. 45.

II. *Ausserordentliche Gerichtsstände.* a) *Der mitleidswürdigen Personen.*

Eine Ausnahme von der Regel: daſs das nach dem Gesetze zuständige Gericht erster Instanz nicht übergangen werden dürfe, würde man da erkennen müssen, wo eine angebliche Praxis, vermittelst falscher Auslegung einer römischen Stelle ein besonderes Recht der sogenannten mitleidswürdigen Personen (personae miserabiles), d. h. der Pupillen, Wittwen, durch langwierige Krankheiten Entkräfteten und Preſshaften eingeführt hat. 2) Diese sollen nämlich, sie seyen Kläger oder Beklagte, sogleich in erster Instanz die Verhandlung ihrer Streitsache (es müſste denn dieselbe zu den durchaus befreiten gehören; oder ein ausschlieſsend zuständiger besonderer Gerichtsstand eintreten) vor den höchsten Gerichten verlangen können 3).

1) Ueberhaupt ist zu diesem §. anzuführen *Malblanc* de re judic. §. 105—131.

2) Cod. III. 14. const. un. Mit Unrecht suchten sonst manche Gerichte dieses ohnehin so grob miſsverstandene Gesetz noch auf mehrere Personen auszudehnen. Vergl. *Voetius* ad. tit. D. de judic. §. 115. 116.

3) const. alleg. Nur dieser letztere, wiewohl auch durch eine falsche Usualinterpretation so verstandene Theil des

§. 46.

b) Im Falle der Identität der Sachen.

Eine fernere Ausnahme dieser Art, findet statt, wenn eine und dieselbe Klage, aus demselben Klaggrunde und durch dasselbe Factum veranlaſst, mehrere Beklagte, welche verschiedene Richter in erster Instanz und ausserdem keinen anwendbaren gemeinschaftlichen Gerichtsstand erster Instanz haben, betrifft (si continentia adest causarum ex identitate) 1). In diesem Falle soll die Klage sogleich bey demjenigen nächsten Richter höherer Instanz angebracht werden können, zu welchem sich alle die verschiedenen Richter als Unterrichter verhalten 2).

Gesetzes kann bey uns möglicher Weise Anwendung finden, obgleich die rechtliche Unanwendbarkeit des Gesetzes bey unsrer Verfassung so überaus klar ist (vergl. *Weber* Beytr. zur Lehre von gerichtl. Klagen und Einreden n. 12.), daſs man nichts sehnlicher, als baldige Verdrängung dieses groſsen Miſsstandes in der deutschen Gerichtspraxis und Rückkehr der älteren Kammergerichtspraxis wünschen kann. *Martin* Lehrb. d. Proc. §. 56.

1) S. *Martin* §. 56. Viele nehmen dasselbe an, wenn die Klage mehrere in verschiedener Richter Sprengeln gelegene Sache betrifft und theilen daher die identitas causarum in personalis und realis ein. Von der Verwerflichkeit der letzteren siehe aber *Martin* a. a. O. insbesondere not. g.

2) D. A. 1600. § 23. 24. K. d. K. G. O. II. 9. pr. et §. 1. Nur muſs die eine Sache nicht durch Befreiung an einen bestimmten Richter ausschliesend gewiesen seyn.

Von der Geschichte dieses Gerichtsstandes siehe *Sieber* ger. Proceſs §. 162 sqq.

Ueberhaupt s. *J. Ph. Carrach* de foro continentiae causarum ex identitate. Halae 1750.

§. 47.

c) In Fällen der verzögerten oder verweigerten Justiz.

Der nothwendigen Unterordnung der Gerichte unter einander verdankte eine weitere Ausnahme in den Fällen ihren Ursprung, wenn die unteren Gerichte entweder die Verwaltung der Justiz hartnäckig verzögerten, oder gar gänzlich verweigerten. Indessen hat die bey dem nächsten Oberrichter anzubringende Beschwerde wegen verzögerter Justiz so lange nicht die Wirkung, daſs dadurch die Entscheidung der Sache selbst an das obere Gericht gezogen werden dürfte, bis der Oberrichter sieht, daſs weder Promotorialien, noch Befehle, den Gang der Justiz nicht länger aufzuhalten (mandata de administranda justitia), etwas fruchten. Wie fest dieser Gerichtsstand gegründet gewesen sey, beweisen weniger Stellen aus der canonischen Gesetzesammlung als vielmehr der Umstand, daſs selbst in den uneingeschränkten Berufungsbefreiungen diese Ausnahme gewöhnlich ausdrücklich vorbehalten wird 1). Heutzutags fällt indessen dieser Gerichtsstand weg, da der in dem Verhältnisse der Reichs- zur Landes-Justiz liegende Grund für seine Einführung hinwegfällt und in der deutschen Territorial-Justiz weder ein Nothwendigkeitsgrund zur Avocation der Sachen, noch ein Rechtsgrund zur Entziehung der den Unterthanen gebührenden Instanzen gedacht werden kann.

1) Man vergl. nur G. B. cap. II. §. 3.

§. 48.

d) Wenn mehrere Unterrichter über die Zuständigkeit uneinig sind.

Endlich kann Ausnahmsweise die Sache sogleich an den nächsten Oberrichter gebracht werden, wenn mehrere Unterrichter über die Grenzen ihrer Gerichtsbarkeit, gerade in Rücksicht auf die izt zu entscheidende Sache, nicht einig sind. Eben dieses behauptet man auch in dem Falle, wenn der Unterrichter aus rechtlichen Gründen verworfen wird, allein hier ist der, im §. 32. angegebene, unstreitig rechtliche, mit dem Geiste der deutschen Landesgerichtsverfassung und dem grundgesetzlichen Rechte des Deutschen auf die gesetzlich begründeten Instanzen mehr harmonirende Weg schon der gebräuchlichere geworden, und es wäre zu wünschen, daſs eben dieser auch in den übrigen Fällen dieses und des vorhergehenden §. einzig betreten, wenigstens aber doch in allen Fällen der ausserordentlichen Gerichtsstände die Berücksichtigung jenes Rechtes der Parthieen auf die gesetzlich begründeten Instanzen nicht vergessen werden möchte 1).

§. 49.

B) *Gewillkührte Gerichtsstände.*

So genau auch die Gesetze, durch die angeführten Bestimmungen, die in jeder Sache zuständigen Gerichtsstände bestimmen, so lassen

1) Vergl. noch: *Gönner* Handb. III. XXXVII. vorzüglich in Hinsicht der scheinbar entgegenstehenden K. G. O. II. 21. §. 2. 29. §. 1.

sie doch Abänderungen derselben durch den Willen der Parthieen zu, wodurch denn eine Prorogation der Gerichtsbarkeit entsteht 1). Diese Prorogation findet jedoch nur statt *a*) in solchen Sachen, welche nicht durch eine besondere Befreiung (privilegium causae datum) ausschliessend an einen bestimmten Richter gewiesen worden sind 2). *b*) Nur auf solche Richter, welche nicht ausdrücklich, vermöge eines Privilegiums, nur über eine bestimmte befreite Klasse von Personen oder Sachen Richter sind 3), von solchen, welche nicht zu dieser Klasse von Personen gehören, und in Sachen, welche ausser dem Geschäftskreise dieser Richter liegen. c) Nur auf solche, welche noch wirklich als Richter betrachtet werden können 4), und welche in demselben Lande, worin der prorogirende Unterthan ist, Richter sind 5). Privilegien, welche blofs den Personen ertheilt sind, stehen den Prorogirenden eben so wenig im Wege 6),

1) Unterschied zwischen dem judex prorogatus und arbiter compromissarius.

2) Z. B. Lehnssachen, geistliche, akademische Disciplinarsachen u. d. gl. (§. 44.)

3) Cod. VII. 48. const. 2. Es folgt auch aus der Natur des Privilegiums.

4) II. 1. fr. 13. V. 1. fr. 2. §. 2.

5. Selbst in dem ehemaligen deutschen Reiche folgte dieses aus dem jure de non evocando, welches in dieser Rücksicht die Verordnungen des R. R. unanwendbar machte. Vergl. *Glück*. Erl. d. Pand. 2. Bd. 1. Th. §. 206. u. d. das angef. — Eine eigene Meinung hat *Malblanc* consp. rei judic. §. 153.

5) Cod. I. 3. const. 51. Eine Ausnahme ist durch besondere Gesetze in Ansehung der Geistlichen begründet. II.

als die Patrimonialgerichtsbarkeit des Richters, von welchem prorogirt werden soll 1). Uebrigens ist es natürlich, daſs durch keine Prorogation der Richter berechtigt werden könne, die Gerichtsbarkeit auſser den Grenzen seines Gerichtsdistrictes auszuüben 2).

§. 50.

Fortsetzung. Verschiedene Arten der Willenserklärung.

Der Willen, die Gerichtsbarkeit eines gesetzlich nicht zuständigen Richters zu prorogiren, kann I. aus einem ausdrücklichen vorhergehenden, generellen oder speciellen, Vertrag der Parthieen abgeleitet werden 3), welcher aber, nach römischen Gesetzen 4) erst dann,

2. X. c. 12. 18. welche aber nur in dem katholischen Deutschlande noch anwendbar ist. vergl. *J. H. Böhmer* J. E. Pr. II. 2. §. 40, 41. Man bedenke aber die Note 2. der vorhergehenden Seite. Uebrigens vergleiche auch *Schnauberts* Beyträge Th. II. n. 4.

1) Vergl. *Hofacker* pr. jur. Rom. Germ. §. 4212. n. b. von der Real-Jurisdiction der Akademieen gilt dasselbe; *Hofacker* a. a. O. n. h. u. *J. H. Böhmer* a. a. O. Die entgegengesetzte Meinung hat indessen die mehrsten Vertheidiger, vergl. *Glück* a. a. O.

2) II. 1. fr. ult. Es versteht sich übrigens, daſs die Prorogirenden ihren Willen mit rechtlicher Wirkung zu erklären im Stande seyn müssen.

3) II. 1. fr. 18.

4) Fr. alleg. Ob dieses fr. nicht mit Vinnius (de jurisd. c. 11. aus der Natur des pacti nudi zu erklären, oder mit *Noodt* (de idct. I. II. c. 12.) von einer Aufhebung des Vertrags mit beyderseitiger Einwilligung zu verstehen

wenn die Parthieen den prorogirten Richter wirklich angegangen haben, unabänderliche Kraft erhält. II. Kann derselbe aus concludenten Handlungen gefolgert werden. a) Eine solche concludente Handlung ist nun, der Natur der Sache nach, wenn der Kläger bey einem sonst nichtzuständigen Richter absichtlich seine Klage anbringt, und die Erlassung der Ladung an den Beklagten bewirkt 1), der Beklagte hingegen sich gleichfalls absichtlich daselbst einläſst 2). b) Findet man eine solche, vermöge gesetzlicher Bestimmung (oder Fiction), concludente Handlung in der Anstellung einer Klage in so ferne, als daraus die Verbindlichkeit, die Zuständigkeit des angegangenen Richters in Ansehung einer angestellten Widerklage anzuerkennen, gesetzlich flieſst. Diese vermeintliche Prorogation bezeichnet die Schule mit dem Namen der nothwendigen. Ich glaube aber, richtiger in den Bestimmungen der Gesetze über die Widerklage ein gemeinrechtliches forum speciale erkannt (§. 43 b) und dadurch den wahren Grund zur Widerlegung der, von scharfsinnigen Rechtslehrern aufgestellten Behauptung, daſs die Gründe der Unanwendbarkeit einer willkührlichen Pro-

sey, ist zweifelhaft, das letztere indessen am wahrscheinlichsten. So viel ist gewiſs, daſs Cod. II. 3. const. penult. (welche nur von der Entsagung auf eine Befreiung redet) mit demselben auf keinen Fall im Widerspruche stehe, vergl. *Glück* a. a. O. §. 203.

1) C. II. 2. const. 4. Nur wenige sind hier anderer Meinung, z. B. *Donell* comm. jur. civ. L. XVII. c. 18.

2) C. VIII. 36. const. ult. verb. mit V. 1. fr. 33.

rogation auf Gerichte ausser Landes auch auf Reconventionen paſsten, angegeben zu haben 1).

§. 51.

Regeln zur Bestimmung der Rangordnung und des Verhältnisses der einzelnen Gerichtsstände zu einander.

I. In so ferne durch die Gesetze der Willkühr der Parthieen Spielraum gelassen worden, schlieſsen natürlich die gewillkührten Gerichtsstände alle anderen aus. II. Unter den gesetzlichen Gerichtsständen wird das Verhältniſs durch folgende Regeln bestimmt:

A. Zuerst muſs man darauf sehen, ob für die Sachen, zu welchen die gegenwärtige gehört, ein besonderes befreites Gericht niedergesetzt ist. Ist dieses, so ist nur bey ihm Zuständigkeit, kein andres Gericht hat, wie die Schule sich ausdrückt, die zu der Entscheidung dieser Sachen erforderliche Speciem jurisdictionis.

B. Ist dieses nicht der Fall, so tritt gewöhnlich eine Concurrenz zwischen dem allgemeinen Gerichtsstande des Beklagten und einem besonderen Gerichtsstande desselben ein, die wenigen Ausnahmsfälle abgerechnet, wo jener, oder dieser für ausschlieſsend zuständig erklärt worden ist, welche schon oben, bey der Entwickelung beyder Gerichtsstände, angeführt worden sind.

C. Hat man nun, nach der vorigen Regel, bestimmt, in welchen Gerichtsdistricten die

1) Meine Ansicht haben ergriffen *Martin* a. a. O. §. 58. *Thibaut* System etc. §. 1077.

Gerichtsbarkeit über den Beklagten begründet sey, so ist es das gewöhnliche in diesem Districte zur Ausübung der Gerichtsbarkeit in der ersten Instanz niedergesetzte Gericht, welches man angehen muſs, wenn nicht der Beklagte ein in diesem Districte gültiges persönliches Privilegium, von einem andern, als dem gewöhnlichen, Gerichte gerichtet zu werden, in Anspruch zu nehmen hat. Die Zuständigkeit der persönlich privilegirten Gerichte bestimmt sich daher ganz nach denselben Gründen, wie die der gemeinrechtlichen Gerichtsstände, zu Folge der vorigen Regel.

D. Eben so bestimmt es sich, wenn nach den bisherigen Regeln das zuständige Gericht der ersten Instanz aufgefunden ist, jederzeit von selbst, welches höhere Gericht anzugehen sey, wenn in dem gegebenen Falle Gründe, um ausser der Ordnung die Gerichtsbarkeit höherer Gerichte gleich in erster Instanz zu begründen, vorhanden sind. Auch die ausserordentlichen Gerichtsstände beruhen in ihren Gründen entweder auf einem sachlichen Privilegium, oder sie sind, entweder gemeinrechtlich oder vermöge eines persönlichen Privilegs, bald ex generali, bald ex speciali causa, zuständig.

§. 52.

Fortsetzung. Concurrenz der Gerichtsstände. Prävention.

Es bleiben, nach dem bisherigen, immer noch mehrere Gerichtsstände, welche in derselben Sache und in derselben Instanz als gleich

zuständige (fora concurrentia) betrachtet werden müssen Hier hängt es zwar, in der Regel, von der Wahl desjenigen, welcher die Einleitung eines Verfahrens veranlassen will, ab, an welches Gericht er sich wenden wolle, allein es erscheint zugleich als ein wesentliches Erforderniſs einer guten Justizverwaltung, daſs bestimmten, in den Gang des Verfahrens gehörenden Handlungen, von den Gesetzen die Kraft beygelegt werde, das eine der concurrirenden Gerichte für diese bestimmte Sache zu dem ausschlieſsend zuständigen zu machen. Wenn eines der concurrirenden Gerichte, durch das frühere Vornehmen solcher Handlungen, sich die alleinige Zuständigkeit in einer bestimmten Sache erworben hat, so sagt man, daſs es das andere durch Prävention ausgeschlossen habe. Das Gericht begründet diese Prävention, nach unsern Gesetzen, in Ansehung des bittenden Theils, sobald es auf dessen Gesuch, vorausgesetzt, daſs dasselbe nur überhaupt ein gerichtliches Verfahren in der Sache veranlassen konnte 1), eine gerichtliche, durch die Art des Verfahrens begründete Verfügung erläſst 2), in Ansehung der Gegenparthie aber und folgeweise in Ansehung der ganzen Sache, sobald eine gehörig ausgefertigte Ladung, oder eine gleiche Wirkung äussernde Verfügung dieser Gegenparthie gehörig eingehändigt worden ist 3).

1) Also nicht wenn ein Libell als inept verworfen wird.

2) Cod. II. 2. const. ult. Nov. 112. c. 3.

3) V. 1. fr. 7. §. 30. I. 29. X. c. 20. II. 2 X. c. 19. Die Verfügung auf eine Provocation zur Klage kann aber natürlicher Weise dem Provocaten sein Wahlrecht nicht benehmen.

Nur wenn beide Theile auf die erlassene Ladung nicht erscheinen, ist es eben so, als wenn gar keine erlassen worden wäre 1). Ist Prävention, wegen des Zusammentreffens der Handlungen concurrirender Gerichte in demselben Zeitmomente, nicht denkbar, so kann nur das Loos eine Entscheidung an die Hand geben.

§. 53. a.

Rechtshängigkeit.

Ueberhaupt bestimmen die Gesetze, daſs von der Zeit an, wo die gehörig ausgefertigte Ladung, oder eine gleiche Wirkung äussernde Verfügung dem Beklagten gehörig eingehändigt worden ist, die Sache als rechtshängig (lis pendens) betrachtet werden solle, so daſs von diesem Augenblicke an das in diesem Zeitpuncte zuständige Gericht, welches die Ladung erlassen hatte, durch den ganzen Proceſs das allein zuständige bleibt und durch keine nachherige Veränderung des Gerichtsstandes von Seiten der Parthieen aufhört, das zuständige zu seyn 2). Auſser diesem ist es bekannte Folge der Rechtshängigkeit, daſs durch sie die Verjährung unterbrochen, der Uebergang der Klagen auf und gegen die Erben, wenn dieser sonst nicht Statt fand, bewirkt, der Besitzer in gutem Glauben

1) *Danz* a. a. O. §. 39. u. d. d. angef. vorz. *Pütter* de praeventione atque inde nata praescriptione fori, in eius Opusc. rem. judic. Imp. illustrant. n. II.

2) II. 5. Clem. c. 2. Nach den römischen Gesetzen hatte erst die Litiscontestation diese Wirkung.

in mancher Hinsicht dem Besitzer in bösem Glauben gleich gemacht 1), und der Gegenstand des Verfahrens zum streitigen (res litigiosa) wird 2), weswegen von nun an alle eigenmächtige Veränderungen oder Neuerungen in Ansehung desselben von Seiten der Parthieen unterbleiben müssen. Wenn beide Theile auf die Ladung nicht erscheinen, so ist es auch hier eben so, als ob gar keine erlassen worden wäre.

§. 53. *b.*

Verbindlichkeit der Gerichte zur Rechtshülfe.

Ist ein Gericht einmal zum ausschliefsend zuständigen für eine Sache gemacht, so kann kein anderes auch nur die geringste gerichtliche, zum Verfahren in dieser Sache gehörende Handlung für sich gültig vornehmen. Weil aber dennoch auch kein Gericht aufser den Localgränzen seines Gerichtsbezirks gerichtliche Handlungen vornehmen darf, so waren alle deutsche Gerichte sich in so ferne zur Rechtshülfe verbunden,

1) Auch dieses war, nach römischen Gesetzen, (C. VII. 33. const. 10. VII. 39. const. 7. §. 5. L. 17. fr. 139. et 164. V. 3. fr. 20. §. 11. et 25. §. 7.) Folge der Litiscontestation, weil erst durch diese Rechtshängigkeit bewirkt wurde. Da aber die Ursache dieser Unterbrechung allein in der Rechtshängigkeit zu suchen, und bey uns der, in der römischen Gerichtsverfassung liegende Grund zu der Annahme einer aus der litis contestatio entspringenden obligatio quasi ex contractu nicht mehr vorhanden ist, so können die römischen Gesetze nicht mehr entscheiden. *Boehmer* J. E P. T. 1. L. 2. tit. 16.

2) Dies schon nach Nov. 112. C. 1.

dafs sie, auf Auffordern des in der Sache einmal ausschliefsend zuständigen, die in ihrem Gerichtsbezirke vorzunehmenden einzelnen Gerichtshandlungen, rechtlicher Ordnung nach, und, wenn sie nur überhaupt rechtlich mögliche sind, ohne Sachuntersuchung über die Nothwendigkeit oder Rechtlichkeit derselben in dem individuellen Falle, vornehmen. Requisitions- und Communicativ-Schreiben von der einen, Antwort- und Recommunicativ-Schreiben von der andern Seite sind das Mittel, wodurch die Gerichte in solchen Fällen für den angegebenen Zweck thätig sind 1). Wo nicht besondere Verhältnisse entgegenstehen, da dürfte man eine solche Verbindlichkeit zur Rechtshülfe wohl auch als völkerrechtlich begründet betrachten.

ZWEYTES KAPITEL.

Von dem streitenden Theilen.

§. 54.

Einleitung.

Auch die Personen, welche einen Rechtsstreit vor dem Gerichte verhandeln (streitenden Theile), können in Haupt- und Nebenpersonen

1) Von der izt immer gewöhnlicher werdenden minderlästigen Form dieser Schreiben.

Von der Art, wie bey Gerichten, welche nach französischem Typus organisirt sind, die Ersuchungen und Communicationen statt finden.

eingetheilt werden, nachdem sie entweder für sich selbst den Rechtsstreit verhandeln, oder verhandeln lassen (Parthien, Kläger und Beklagter), oder nur für Andere, welchen sie entweder Beystand leisten, oder ihre Stelle versehen (Advocaten und Procuratoren) auftreten.

§. 55.

Parthieen. Allgemeine Bemerkungen über dieselben.

Demjenigen, welcher in eigener Sache erscheinen, und seine Rechte vor Gericht verfechten will, muſs kein Grund entgegenstehen, wodurch er, nach den Gesetzen, hierzu entweder überhaupt, oder doch in gewisser Rücksicht unfähig würde (defectus personae standi in judicio s. inhabilitas absolute et secundum quid talis). Als Gründe, welche absolute Unfähigkeit erzeugen, werden nur solche Mängel betrachtet, wodurch wirklich alle Möglichkeit, vor Gericht zu handeln, benommen wird, welches z. B. bey Tauben, Stummen 1), Rasenden, Blödsinnigen, u. d. gl. 2) der Fall ist. Die Gründe hingegen, welche nur gewissermaſsen unfähig machen, sind entweder solche, welche nur unfähig machen in bestimmten Sachen selbst zu handeln, wel-

1) III. 1. fr. 1. §. 3. L. 47. fr. 124.

2) Fr. 124. alleg. et ibid. fr. 5. Weil Leute nicht wichtige Geschäfte versehen können, welchen Einsicht in das, was sie vorzunehmen haben und Ueberlegung gebricht, so verlangen die Gesetze bey demjenigen, welcher vor Gericht handeln will, volle Pubertät. III. 1. fr. 1. §. 3.

ches in Ansehung eines unter väterlicher Gewalt Stehenden, in Sachen, welche das peculium profectitium und adventitium betreffen, behauptet werden muſs 1), oder solche, welche unfähig machen, entweder überhaupt, oder doch in bestimmten Sachen allein zu verhandeln. Dieses letztere ist so oft der Fall, als die Gesetze das Vermögen, über sich, oder das Seinige allein zu verfügen, benehmen. Beyspiele geben Minderjährige 2) und gerichtlich erklärte Verschwender 3).

Hindernisse der angegebenen Art werden von dem Beklagten, wenn sie die Person des Klägers betreffen und von dem Richter nicht von Amtswegen berücksichtigt werden, durch die Vorschützung verzögerlicher Einreden gerügt, von dem Kläger hingegen, wenn sie dem Beklagten entgegenstehen, durch vorbereitende Gesuche zu entfernen gesucht.

§. 56.

Fortsetzung. Legitimation zur Sache.

Auſser diesem aber ist auch in Rücksicht der bestimmten Sache, welche verhandelt werden soll, zur Möglichkeit einer rechtsgültigen Verhandlung derselben, erforderlich, daſs der

1) V. 1. fr. 18. §. 1. Eine Ausnahme ist, wenn weder der Vater selbst, noch durch einen Bevollmächtigten handeln kann.

2) Ausnahmen sind enthalten in C. III. 6. const. 3. C. V. 50. const. 1. I. 26. J §. 4. Ueberhaupt vergl. *Dapp* von der Legitimation zum Proceſs. Frankf. 1789. 8.

3) XXVII. 10. fr. 1.

Kläger activ und passiv zu dieser Sache als legitimirt erscheine. Es kann nämlich nicht genügen, in der Verhandlung der Sache die Existenz des Rechtes oder einer Verbindlichkeit darzuthun, wenn es nicht auch gewiſs ist, daſs diese Individuen gerade diejenigen Personen seyen, welchen es zukomme, diese Ansprüche zu verfolgen, oder sich dagegen zu vertheidigen. Sobald das Factum, welches diese subjective Berechtigung und dieses subjective Verbundenseyn erzeugt, nicht mit dem Facto, welches die Verbindlichkeit und das Recht selbst begründet, identisch ist — sey es nun, weil ursprünglich das Recht, oder die Verbindlichkeit andern Individuen zustand, oder oblag, oder weil das Gesetz, zur Verfolgung eines bestimmten Rechts, oder zur Vertheidigung gegen bestimmte Ansprüche eine gewisse, factisch begründete Eigenschaft, oder bestimmte Rechtsverhältnisse der Person voraussetzt —, so kann nur derjenige Kläger und nur derjenige Beklagter seyn, in Ansehung welcher jenes Factum erweislich ist. Der Beweis dieses Factums (welcher die Legitimation zur Sache enthält) ist daher in solchen Fällen eine so nothwendige Präliminar-Bedingung zu einer Verhandlung über die Sache, daſs der Beklagte nicht nur, vor der Erbringung desselben, der Verhandlung der Sache, durch die Vorschützung einer verzögerlichen Einrede (deficientis legitimationis ad causam), ausweichen darf, sondern auch der Richter von Amtswegen zur Entfernung der, aus dem Mangel dieser Legitimation entstehenden Nichtigkeit der Verhandlung über die Klage, wenigstens

gewiſs bey dem Mangel der Activ-Legitimation 1) selbst thätig seyn muſs 2).

§. 57.

Kläger. Beklagter. Litisconsorten. Intervenient. Litisdenunciat. Adcitat.

Bey einem Rechtsstreite sind nur zwey Partheien, die eine, welche ihr Recht fordert, und in der Regel 3) den Namen des Klägers führt; — die andere, von welcher gefordert

1) Bey der passiven kann man etwa alsdann das Gegentheil behaupten, wo ein liti se offerens gesetzlich als der wahre Beklagte behandelt werden kann.

2) Von dem wichtigen Unterschiede zwischen der Legitimation zur Sache und dem Hauptbeweise siehe *Gönner* jur. Abh. Th. I Abh. VI. Handbuch 2te Aufl. I. 15. Was zur Legitimation zur Sache gehört, betrifft nie die factischen Gründe, worauf der Anspruch des Klägers, objectiv betrachtet, beruht, sondern nur das Recht des Klägers, diesen (für sich gegründeten, oder nicht gegründeten) Anspruch gegen diesen Beklagten zu verfolgen. Daher kann der Mangel der Legitimation auch nur Entbindung von dieser Verfolgung des Anspruchs (von der Instanz) zur Folge haben und die exceptio deficientis legitimationis ad causam ist eine dilatorische (gegen die Rechtsverfolgung), keineswegs eine peremtorische (gegen den Klagegrund gerichtete). Vergl. über Cod. IV. 19. const. 21. Ueberhaupt *J. Gensler* Handb. I. S. 110. folg.

3) Nach Verschiedenheit der Proceſsart erhalten Kläger und Beklagte auch wohl andere Namen, darum aber sind sie doch immer Kläger und Beklagte.

wird und welche daher **Beklagter** heifst 1). Beide müssen aber nicht gerade aus einer physischen oder moralischen Person bestehen, sondern es können, vermöge einer Gemeinschaftlichkeit **desselben** Endzwecks in Ansehung desselben Rechtsstreites, vor demselben Richter mehrere an der Rolle des Klägers, oder des Beklagten Theil nehmen. Diese mehreren Theilnehmer heifsen alsdann **Streitgenossen** (litis consortes), welche zwar auch ohne Gemeinschaft des Rechts oder der Verbindlichkeit gedacht 2) werden können, in Voraussetzung einer solchen Gemeinschaft aber vorzugsweise den Namen der Streitgenossen erhalten 3), weswegen die Eintheilung in eigentliche und uneigentliche Streitgenossen als gegründet erscheint.

Die **an sich statthafte** Vereinigung solcher Consorten hann, sie mag auf Seiten des Klägers oder des Beklagten eintreten, ohne Zustimmung des Gegentheils, hervorgebracht werden, nur der Kläger aber kann von Seiten des Beklagten eine solche Vereinigung selbst **erzwingen**, wenn er die mehreren aus ein

1) Bey den sogenannten judiciis duplicibus sind beyde Partheien Fordernde und Beklagte. Wenn auch gleich hier derjenige, welcher zuerst das Gericht angeht, oder für welchen das Loos entscheidet (V. 1. fr. 14), den Namen des Klägers führen mufs, so darf man doch nicht vergessen, dafs dieses alsdann blofs ein **Namen** sey.

2) Nov. 112. c. 1.

3) Die Gesetze selbst denken in der Regel an die Gemeinschaft des Rechts III. 40. C. c. 2. weil die nicht in Gemeinschaft stehenden gewöhnlich durch andere Benennungen caracterisirt erscheinen.

und demselben Rechtsgrunde anzugreifenden Personen als Consorten belangt, welches zu thun er wohl befugt, aber, selbst bey vorhandener Untheilbarkeit des Gegenstandes der Rechtsverfolgung, wie schon aus der Natur untheilbarer und Correal-Obligationen hervorgeht, nicht verbunden ist 1). Die Verbindung der Consorten gründet übrigens unter denselben und im Verhältnisse zu ihrem Gegner allerdings eine juristische Einheit, ohne jedoch die Rechte der Einzelnen, die sie in Ansehung des Verfahrens ohne die Verbindung haben würden, weiter zu beschränken 2), als es unumgänglich erforderlich ist, wenn Einheit der Parthierolle bleiben und wenn nicht bey untheilbaren Rechtsverhältnissen alle Möglichkeit der Entscheidung durch die Wahl sich gegenseitig widersprechender processualischen Handlungen aufgehoben werden soll 3).

Dem Anscheine nach dürfte man zwar eine Ausnahme von der Regel: dafs jeder Rechtsstreit nur zwischen zwey Parthieen verhandelt werde, alsdann zu finden glauben, wenn in einem schon anhängigen Rechtsstreite noch sogenannte Intervenienten, Litisdenuncia-

1) Vergl. *Martin* in dessen und *Walchs* Magazin für den gemeinen deutsch. bürgerl. Procefs. B. 1. H. 1. Abh. 1. in welcher gründlichen Abhandlung die zum Theile entgegenstehende Meinung *Gönners* (Handb. I. S. 308) berichtigt ist. Vergl. III 40. Cod. c. 1. *Siegfrieden*, diss. de ejusdem litis consortibus. Gött. 1715.

2) XL. 12. fr. 9. VII. 68. C. c. 2.

3) *Martin* in Magaz. H. II. n. VI.

ten und Adcitaten erscheinen; in der That ist aber in solchen Fällen doch keine Ausnahme vorhanden.

Wenn nämlich, nach dem Anfange eines Rechtsstreites zwischen zwey Parthieen, ein Dritter, zur Wahrung seiner Gerechtsame bey dieser Sache, freywillig als handelnder Theil auftritt, so nennt man dieses eine Intervention. Erlaubt ist diese Intervention nicht nur 1.) wenn der Dritte in Ansehung des ganzen Gegenstandes des Rechtsstreites, oder eines Theils desselben, ein eigenes Recht, zur Ausschliessung der bisherigen Parthieen, zu verfolgen hat (Hauptintervention); sondern auch 2.) so oft das Recht eines Dritten für diesen eine Gemeinschaftlichkeit des Endzweckes mit der einen Parthie, und dadurch eine Befugniſs zur Streitgenossenschaft begründet, sey es nun, daſs jene Gemeinschaftlichkeit des Endzweckes durch ein zu verfolgendes, eigenthümliches, und von dem der Parthieen unabhängiges Recht erzeugt werde (gemischte Intervention) oder nicht (Nebenintervention) 1).

Die Hauptintervention muſs, ihrem Begriffe nach, immer einen neuen Rechtsstreit zwischen den Intervenienten als Kläger und den bisherigen Parthieen (wenn sich nicht eine derselben freywillig zurückzieht), als durch das gemeinsame Interesse an der Ausschliessung des Intervenienten verbundenen beklagten Streitge-

1) Vergl. überh. *Gönner* Th. II. n. XXIX.

Das nähere des Verfahrens bey Interventionen, Litisdenunciationen, und Adcitationen wird unten vorkommen.

nossen, begründen. Bey den übrigen Arten der Intervention kann zwar wohl ein Incidentstreit zwischen dem Intervenienten als Kläger und einer oder beiden Parthieen als Beklagten über die Zulässigkeit der Intervention, nach erklärter oder nicht bestrittener Zulässigkeit hingegen nur eine Streitgenossenschaft der Intervenienten mit der einen Parthie entstehen.

Wenn Dritte, welche als Intervenienten aufzutreten berechtigt gewesen wären, nicht freywillig auftreten, so erlauben die Gesetze mitunter den Parthieen oder dem Richter, sie dazu aufzufordern. Ersteres geschieht in Ansehung derjenigen, an welche die eine Parthie den Regreſs hat, durch die litis denunciatio, letzteres in den wenigen Fällen, wo Ausnahmsweise ein, mit der einen Parthie verbundener Dritter in dem Processe handeln muſs, durch die Adcitatio; allein es fällt in die Augen, daſs diese Denunciaten und Adcitaten, wenn sie nun auftreten, keine andere Rolle spielen können, als welche sie, wären sie freywillig als Intervenienten aufgetreten, hätten übernehmen müssen.

§. 58. *a.*

Rechte und Verbindlichkeiten der Parthieen im Allgemeinen.

Beyde Theile haben gleiche Rechte auf das richterliche Gehör 1). Mit groſser Consequenz wird dieser, aus der Natur der Sache fliessende Grundsatz von unsern Gesetzen, selbst in

1) *Gönner* I. VI. und XXIII. §. 6.

allen Ausnahmen von dem gewöhnlichen Gange des Verfahrens, bestätigt. Dagegen kann die Lage den Parthieen in so ferne nicht gleich seyn, als natürlicher Weise es in Ansehung der Folgen nicht einerley seyn kann, ob man Ansprüche bildet und dadurch den actuellen, oder zugegebenen Zustand der Rechte des Andern ergreift (Kläger), oder ob man sich in dem passiven Vertheidigungszustande gegen Angriffe befindet (Beklagter im juristischen 1) Sinne) 2).

Die allgemeinen Verbindlichkeiten der Parthieen fliefsen zum Theile aus dem Rechtsverhältnisse derselben unter sich, zum Theile aus dem Rechtsverhältnisse derselben zum Richter.

I. Auch in gerichtlichen Vorträgen müssen beyde Theile als Subjecte von Rechten sich achten und aller Injurien gegen einander sich enthalten. Die dem Richteramte gebührende Achtung dagegen, welche nie ohne Strafwürdigkeit, selbst bey gegründeten Beschwerden, vergessen werden darf, erfordert Beschränkung der rechtlichen Ausführungen auf die Erörterung der streitigen Rechte und kann daher öfters auch solche unnütze Ausfälle und Witzeleyen ahndungswürdig machen, gegen welche eine Injurienklage des Gegentheils vielleicht nicht begründet werden könnte 3).

II. Absichtliche muthwillige Streitsucht (temerarium litigium) ist Verletzung der Rechte der Gegenparthie und Beleidigung für das, zum

1) Denn die Actenrubrik ist nicht immer den Begriffen ganz entsprechend. XXII. 3. D. fr. 19. pr.

2) L. 17. D. fr. 125.

3) *Weber* von Injurien Th. III. J. R. A. §. 165.

Befriedigungsmittel der Chicane herabgewürdigte Gericht Die Verbindlichkeit zum vollesten Schadenersatze trifft daher den muthwilligen Streiter mit demselben Rechte, mit welchem er einer verdienten Strafe (Verweise und Geldbuſse) von den Gesetzen unterworfen wird 1). Damit die Ausbrüche der Streitsucht seltner die Gerichte belästigen mögten, haben die Gesetze auch die Verbindlichkeit zur Ableistung der Eide für Gefährde eingeführt, wovon §. 69.

III. Die mit der deutschen Justizpflege nothwendig verknüpften Kosten muſs zwar derjenige, welcher sie veranlaſst, vorschiessen, dagegen ist der Unterliegende in der Regel zu der Erstattung derselben verbunden. Nicht Meinungen der Rechtsgelehrten, rechtliche Gutachten und Präjudicien, sondern allein die Unwissenheit des Sachfälligen in Ansehung solcher Handlungen eines Dritten, deren Erweis dem Sieger oblag, kann ein die Kosten vergleichendes und gegen einander aufhebendes Erkenntniſs 2) rechtfertigen. Nie braucht indessen mehr erstattet zu werden, als man durch seine ungerechte Proceſsführung wirklich veranlaſst hat, und daher können bey einem allgemeinen Urtheile in Ansehung der Kosten *a*) nie die freywilligen, sondern nur die nothwendigen (gleichviel ob gericht-

1) Tit. I. de poena temere litig. (IV. 16.) V. 3. D. fr. 45.

2) Vergleichung findet aber nicht statt, wenn einer in einem Puncte obsiegt, in dem andern unterliegt. Hier muſs vielmehr in Ansehung jeden Punctes besonders geurtheilt werden, und es ist nur zufällig, wenn gegenseitige Aufhebung hiervon die Folge seyn sollte.

lichen oder aussergerichtlichen) Kosten zurückverlangt werden, und immer *b*) trägt selbst derjenige, welchem sonst die Kosten erstattet werden müssen, doch diejenigen, welche er durch seine eigene Schuld veranlaſst, oder durch einen Zufall, welcher seine Person betroffen, genöthigt, hat veranlassen müssen 1).

§. 58 *b*.

Fortsetzung. Vom Armenrechte.

Ob indessen gleich in Deutschland keine unentgeltliche Justitzpflege Statt findet, so sollen doch diejenigen, welche, nach Abzug der nothwendigsten Bedürfnisse, nichts zur Bestreitung der Proceſskosten übrig behalten (Arme), nicht an der Verfolgung ihrer Rechte gehindert werden. Diesen wird, wenn sie ihre Armuth er-

1) Vergl. *A. D. Weber* über Proceſskosten, deren Vergütung und Compensation 4te Aufl. 1798. 5te Aufl. 1811. Dagegen vorzüglich *Emmrich* über Proceſskosten, deren Erstattung und Compensation Th. I. Ueber die Lehre von den Proceſskosten siehe auch *Gensler* Handb. I. S. 184. folg. *Borst* über die Erstattung der Proceſskosten 1812. — Ob ich gleich vorzüglich in Hinsicht des V. A. 1713. §. 82., der Meynung dieses Gelehrten nicht beypflichte, so kann ich doch den Wunsch nicht bergen, daſs seine, übrigens sehr bestimmten Grundsätze endlich einmal von denjenigen beherzigt werden mögten, welche mit der unverzeihlichsten Gleichgültigkeit aus den läppischen Gründen Kostencompensation statt finden lassen. Von der Aussetzung der Kosten cf. *Martin* de juste suspendendo judicio de expensis. Gött. 1796.

wiesen, oder, in Ermangelung vollen Beweises, durch den Armeneid erhärtet haben, ein rechtlicher Beystand zur einstweiligen unentgeltlichen Hülfe bestellt. Alle Sporteln und sonstige Gebühren 1) aber werden vor der Hand nur annotirt, und die denselben durch das Urtheil aufgelegte Verbindlichkeit in Ansehung der Kosten wird erst, wenn sich ihre Umstände verbessert haben, realisirt.

§. 59.

Nebenpersonen. 1) Procuratoren. Syndiken.

Unter den Procuratoren 2) versteht man diejenigen, welche die gerichtlichen Geschäfte eines Andern, vermöge eines von diesem selbst, oder denjenigen, welche für ihn rechtlich zu verfügen im Stande sind, erhaltenen Auftrags 3), besorgen. Wenn sie von einer Personengemeinheit bestellt sind, so erhalten sie den Namen Syndiken. Sie sind entweder öffentliche oder Privat-Procuratoren.

1) Selbst von dem Gebrauche des Stempelpapiers sind die Armen befreit. An die Stelle des Stempels kömmt ein: pro paupere.

2) Synonim sind die Worte. Gewalthaber, Anwalt, Sachwalter, Agenten u. d. gl.

3) Der Procurator kann aber in fremden Namen zu seinem eigenen Nutzen die Geschäfte verwalten. Dann heifst er Procurator in rem suam, sonst in alienam.

§. 60.

Fortsetzung. Wer kann einen Procurator bestellen? Wer kann den Auftrag übernehmen.

Die Befugnisse des Procurators werden durch den erhaltenen Auftrag bestimmt; mithin hängt die Entscheidung der Frage: ob und in wieferne jemand einen Procurator bestellen könne? ganz allein von der Beantwortung der Frage ab: ob und unter welchen Bestimmungen derselbe überhaupt befugt sey, Consensual-Contracte zu schliefsen? 1). Eben so kann jeder, der Consensual-Contracte zu schliessen im Stande ist, die Stelle eines Bevollmächtigten übernehmen. Weil aber der Procurator die Führung von Rechtsgeschäften übernimmt, und deswegen vor Gerichte erscheint, so fordern die Gesetze nicht nur, dafs ihm keiner der §. 55. im Anfange bemerkten, Unfähigkeit erzeugenden Mängel entgegenstehe 2), sondern sie verbieten auch noch aufserdem die Uebernahme der Procuratur, *a.* den Weibern 3), *b.* den Min-

1) Vergl. die meisten Fragm. des 3. Tit. des 5ten Buchs der Pandekten. Von dem Unterschiede zwischen actor et procurator, welcher heutzutage blofser Namenunterschied ist. Von der Bestellung eines Syndici.

2) III. 5. Dig.

3) III. 3. fr. 41. Cod. II. 13. const. 18. Doch sind ausgenommen *a.* die procurationes in rem suam ibid. const. 4. *b.* Sachen ihrer Eltern, wenn diese selbst zu erscheinen aufser Stande sind, und sich niemand ihrer annimmt. III. 3. fr. 41. *c.* Wenn sie für die Freiheit ihrer Eltern, Kinder, Geschwister und Mannes in Ermangelung Anderer streiten, XL. 12. fr. 3. §. 2.

derjährigen 1) *c.* den Ehrlosen 2) und wegen eines Verbrechens Angeklagten 3) *d.* den Soldaten 4), *e.* den Geistlichen 5) *f.* Denjenigen, welche durch Macht oder Ansehen in einem solchen Verhältnisse zu der Gegenparthie, oder dem Richter stehen, daſs Concussionen zu befürchten wären (potentiores) 6).

§. 61.

Fortsetzung. In welchen Fällen kann und in welchen muſs ein Procurator bestellt werden?

Der Regel nach kann in jeder Civilsache ein Procurator für die Parthie erscheinen, nur muſs nicht von einer Handlung die Rede seyn, welche ihrer Natur nach von der Parthie selbst vorgenommen werden muſs, wie die Ableistung des Haupteides 7). Es steht aber auch dem

1) I. 19. c. 5. in 6to. Die römischen Gesetze stimmen hiermit nicht überein. III. 3. fr. 51. Cod. II. 13. const. 12. — Es versteht sich übrigens, daſs hier von Privat-Procuratoren die Rede sey.

2) c. 1. 2. C. 3. q. 7.

3) Cod. II. 13. const. 6.

4) Die procurationes in rem suam und Sachen, welche das Regiment oder die Compagnie betreffen, sind auch hier ausgenommen. III. 3. fr. 8. §. 2. fr. 54.

5) III. 50 X. c. 4. Jedoch ist dieses Verbot nur auf weltliche Geschäfte beschränkt.

6) Cod. II. 14. durchaus. Auch dieses paſst nur auf Privat-Procuratoren.

7) C. IV. 1. const. 12. Nov. 124. c. 1. Eine Ausnahme wird durch die Einwilligung der Gegenparthie und die Observanzen mehrerer Gerichte begründet.

Richter frey, das persönliche Erscheinen der Parthieen überall, wo der Zweck einer bestimmten gerichtlichen Handlung außerdem gar nicht, oder doch mit minderer Wahrscheinlichkeit würde erreicht werden können, zu verlangen 1), in so ferne nicht das persönliche Erscheinen mit Nachtheilen verknüpft ist, welche die von ihm zu erwartenden Vortheile überwiegen.

Dagegen giebt es auch Fälle, wo ein Procurator bestellt werden muſs. Dieses flieſst in Sachen ganzer Gemeinheiten, mehrerer Streitgenossen 2) und derjenigen Parthieen, welche nicht an dem Orte des Gerichts wohnhaft sind, theils schon aus der Natur der Sache, theils aus den Bestimmungen der Gesetze. Die Verfassung einzelner Gerichte Deutschlands macht es aber noch in mehreren Fällen nothwendig.

§. 62.

Fortsetzung. Legitimation zum Processe. Präsumtive Sachwalter.

Die Bestellung des Procurators beruht auf einer Thatsache, welche Gegenstand des Beweises ist. Die Herstellung dieses Beweises nennt

1) II. 1. c. 1. in 6to. Ein vorzügliches Beyspiel giebt der Versuch der Güte.

2) XLVI. 7. D. fr. 5, §. 7. XXI. 1. fr. 31. §. 5. X. 2. D. fr. 48. verb. mit III. 3. D. fr. 31. §. 1. Jedoch nur, 1.) wenn der Gegenstand untheilbar ist, oder 2.) dem Beklagten nach dem Anfange des Processes mehrere Erben folgen, oder accessorische Intervenienten sich mit demselben verbinden [arg. XLVI. 7. fr. 5. §. 7. (jud. solv.)] oder 3) von einer Theilungsklage die Rede ist, welche von mehreren Erben eines streitenden Theiles fortgesetzt

man die **Legitimaton zu dem Processe** 1). Wer diese entweder überhaupt, oder doch von einem gewissen Zeitpunkte an nicht beybringen kann, heifst ein **falscher Procurator**. Weil die Verhandlungen eines solchen nothwendig, in so ferne sie nicht genehmiget werden 2), mit unheilbarer Nichtigkeit behaftet sind, so gehört es zu den Befugnissen der Gegenparthie und zu der Amtspflicht des Richters, für die Berichtigung des Legitimationspunctes thätig zu seyn.

Diese Legitimation geschieht, indem entweder der Gewaltgeber es mündlich zu Protocoll erklärt, oder durch concludente Handlungen zu erkennen giebt 3), dafs er den N. N. bevollmächtigt habe, oder indem der Procura-

werden soll. In diesen beyden letzteren Fällen indessen nur 4.) wenn es der Gegentheil verlangt. Vergl. *Martin* in dem Magazine für den Procefs. B. I. H. 2. n. b. S. 206. folg.

1) Davon unterscheidet sich die Legitimation zur Praxis. Ueberhaupt ist zu dieser Lehre zu vergl. *L. F. Dapp* Versuch über die Lehre von der Legitimation zum Procefs. Frankfurth 1789.

2) V. 1. fr. 60. Von den unnöthigen Einschränkungen, welche hier viele zu machen suchen s. *Glück* a. a. O. §. 399.

3) Dahin gehört *a.* wenn die gegenwärtige Parthie einen andern für sich handeln läfst, ein Auftrag, welcher immer nur speciell ist. (IV. 10. J. §. 1. 2.) Wenn eine Parthie die zu ihrer Sache gehörenden Urkunden jemanden übergiebt und keine andere Ursache hiervon angenommen werden kann, als die, dafs dieser Mann jene Sache gerichtlich verhandeln solle.

tor eine gehörig ausgefertigte Vollmacht zu den Acten bringt. Nur einige Fälle giebt es, wo die Gesetze, vermöge des Verhältnisses des angeblichen Procurators zu der Parthie, den geschehenen Auftrag vermuthen. Zu diesen vermutheten Sachwaltern (procurator praesumtus, quasi procurator) gehören *a.* die natürlichen rechtmäſsigen Verwandten in gerader Linie und in der Seitenlinie bis zum zweyten Grade der Civilcomputation 1). Dasselbe gilt von den Verschwägerten, so lange die Ehe, welche die Schwägerschaft begründet, noch fortdauert, 2). *b.* Der Ehemann in Ansehung des Paraphernal-Vermögens der Ehefrau 3) *c.* Streitgenossen 4) und Mitglieder einer Gemeinheit derjenigen Rechte, woran die Einzelnen gemeinschaftlichen Genuſs haben 5), jedoch nur nach der Einlassung 6). Der gesetzlichen Vermuthung

1) III. 3. fr. 35. pr. Unter mehreren giebt die Nähe des Grades, unter Geschwistern die Vollbürtigkeit vor der Halbbürtigkeit den Vorzug.

2) III. 3. fr. 35. verb. mit III. 1. fr. 3. § 1.

3) II. 13. C. const. 21. Hat die Frau dem Manne die zu ihrem Paraphernal-Vermögen gehörenden Verbriefungen übergeben, so kann der Mann in Ansehung dieser Forderungen ohne Auftrag handeln, V. 14. Cod. c. ult. In den Landen, wo der Mann auch von dem Paraphernal-Vermögen die gesetzliche Verwaltung und Nutznieſsung hat, kann er natürlich ohne allen Auftrag handeln.

4) C. III. 40. const. 2.

5) arg. III. 4. fr. 7. §. 1. *Glück* a. a. O. §. 388.

6) C. III. 40. const. 2. welches Gesetz aber noch sehr bestritten ist. *Glück* a. a. O.

darf aber natürlich kein Grund entgegen stehen, und es wird mit Recht von dem vermutheten Sachwalter Sicherheitsleistung wegen der Genehmigung (cautio rati) verlangt 1).

§. 65.

Fortsetzung. Allgemeine und besondere Vollmacht

Die Gewalt und die Befugnisse des Procurators werden durch den Willen der Contrahenten, welchen in der Regel der Inhalt der Vollmacht zu erkennen giebt, bestimmt. Hierdurch kann nun I. der Procurator zur Besorgung aller, jetzigen und künftigen, Rechtssachen des Gewaltgebers, oder nur zur Besorgung eines bestimmten Rechtsstreites, und in diesem Falle wieder entweder im Allgemeinen zur Besorgung dieses Rechtsstreites, oder nur zur Besorgung einzelner Handlungen in diesem bestimmten Rechtsstreite beauftragt worden seyn. In beyden Rücksichten ist daher die Eintheilung der Procuratoren in generelle und specielle begründet. Man darf aber nicht vergessen, daſs eine generelle Vollmacht, sie sey der ersten oder zweyten Art, an und für sich dem Procurator nicht die Befugniſs zur Unternehmung solcher Handlungen gebe, auf welche die allgemeine Bestimmung des Willens, seinen Rechtsstreit durch einen andern betreiben zu lassen, darum nicht mitgerichtet erscheint, weil sie nicht bloſs und allein durch die rechtliche Ordnung des Ver-

1) III. 3. fr. 40. §. 2. 3. C. II. 13. const. 21.

fahrens nothwendig werden, sondern von der Willkühr und dem Gutbefinden der Parthie abhängen 1). Auf solche Handlungen muſs daher die Vollmacht bestimmt gerichtet seyn, es sey denn, daſs die allgemeine Vollmacht die Clausel: Ich gebe meinem Sachwalter die freie Gewalt, alles dasjenige zu verrichten, was ich selbst, wenn ich zugegen wäre verrichten könnte, würde, oder sollte (mandatum cum libera), oder eine ähnliche enthielte 2).

§. 64.

Fortsetzung. Mehrere Anwälte. Afteranwälte. Eigenthum des Rechtsstreites.

Es kann II. zur Besorgung desselben Geschäftes Einer, es können Mehrere beauftragt worden seyn, und in diesem Falle entweder alle als Hauptanwälte (proc. principales) oder einer (einige) als Hauptanwalt, einer (einige) als Substitut (Afteranwalt), der nur dann handeln soll, wenn der Hauptanwalt selbst zu handeln verhindert würde. Sind mehrere als Hauptanwälte bestellt worden, so hebt in der Regel die neuere Vollmacht die ältere auf 3); wo aber dieses nicht angenommen werden kann, da sind die Mehreren, ge-

1) Dieses scheint mir die allgemeine, bestimmten Verordnungen zum Grunde liegende Regel zu seyn. Vergl. XII. 1. fr. 17. fin. I 19. c. 4. in 6to. III. 3. fr. 60.

2) I. 19. c. 4. in 6to. Indessen reflectirt die Praxis der mehrsten Gerichte hierauf nicht.

3) III. 3. fr. 31. §. 2.

meinschaftlich zu handeln, verbunden und befugt 1), und keiner kann ohne den andern handeln, es müſsten die Ausdrücke der Vollmacht es besonders erlauben 2) oder gar aus denselben abzuleiten seyn, daſs jeder derselben das ganze Geschäfte ausschlieſsend vorzunehmen befugt seyn solle, in welchem Falle derjenige, welcher zuerst sich der Besorgung unterzieht, die andern ausschlieſst 3).

Der Anwalt hat, wenn ihm dieses nicht ausdrücklich zugestanden worden ist, nicht die Befugniſs, einen Afteranwalt zu bestellen, denn wir kennen nicht mehr ein Eigenthum des Anwaltes an dem Rechtsstreite, welches dieser nach römischen 4), canonischen 5) und deutschen Reichsgesetzen 6), durch die Litiscontestation erwarb, da neuere Reichsgesetze den entgegengesetzten Gerichtsgebrauch hinlänglich dadurch bestätigen, daſs sie die sogenannte clausulam heredum und substitutionis für n o t h w e n d i g erklären 7).

1) I. 19. c. 6. in 6to.

2) Dieses wird z. B. durch die Worte: s a m m t u n d s o n d e r s bewirkt.

3) I. 19. c. 6. in 6to. lll. 3. fr. 32. In den römischen Gesetzen ist diese Entscheidung die allgemeine, und es wäre zu wünschen, daſs sie es noch wäre. — Man glaubt daſs die Worte: s a m m t u n d s o n d e r s den hier unterstellten Fall andeuten sollten; allein im Grunde enthalten sie nichts anders, als die Not. a. angeführten. Am besten enthält man sich ganz solcher dunklen Ausdrücke.

4) C. II. 13. const. 22. 23.

5) I. 19. c. 1. in 6to. et passim.

6) R. A. 1507. Tit. 36. §. 6. K. G. O. I. 31. §. 9. 12.

7) I. R. A. §. 99. und 100. Die clausula substituendi da-

§. 65.

Fortsetzung. Ende der Procuratur.

Das Amt des Procurators erlöscht *a* durch den Tod desselben 1), nicht so durch den des Gewaltgebers, wo die clausula heredum zu den nothwendigen Clauseln der Vollmacht gehört. *b.* Durch die wechselseitige Aufhebung des Mandatscontracts, und endlich *c.* durch die ausdrückliche oder stillschweigende 2) einseitige 3). Jedoch ist es räthlich, bey jeder, einseitigen sowohl als wechselseitigen, Aufhebung, dem Richter eine Anzeige davon zu machen, wenn es auch nicht mehr wie ehemals 4) nach der litis contestatio, als nothwendig betrachtet werden kann.

Der Gewaltgeber hat natürlich, wegen des Betrugs sowohl, als der Nachläſsigkeit, seinen Regreſs an den Sachwalter, jedoch pflegt bey uns, dem römischen Rechte entgegen 5), einem auf diese Art benachtheiligten Gewaltgeber auch kurzer Hand Wiedereinsetzung in den vorigen Stand ertheilt zu werden 6).

gegen, wodurch dem Anwalte das Recht zu substituiren ertheilt wird, ist bloſs eine nützliche.

Von den übrigen gewöhnlichen Clauseln der Vollmachten.

1) Anders nach römischen Gesetzen (Cod. II. 13. const. 23), wovon der Grund in dem, uns unbekannten dominio litis liegt.

2) I. 19. c. 8. in 6to. III. 3. fr. 17.

3) III. 3. fr. 8. fin. 9. 10. 43. 44.

4) I. 38. X. c. 13. I. 19. c. 2. in 6to.

5) C. II. 13. const. 10.

6) Das R. K. G. hat eben so provisorisch entschieden s. *Reuſs* Beyträge zur reichsgerichtlichen Verfassung

§. 66.

2) *Rechtliche Beystände, Advocaten.*

Unter Advocaten versteht man diejenigen, welche Andern in rechtlichen Angelegenheiten mit Rath und That an die Hand gehen. Da die Hülfe Sachverständiger überhaupt nicht, am wenigsten aber bey collegialisch organisirter Justiz entbehrt werden kann, so bildet die Advocatur bey unsern Gerichten in der Regel ein öffentliches, sehr häufig mit der öffentlichen Procuratur verbundenes, aber darum doch von dieser verschiedenes Amt. Wenn indessen nicht bestimmt das Gegentheil verordnet ist, so können bey den Gerichten, bey welchen öffentliche Advocaten angestellt sind, dennoch auch andere advociren, wenn sie nur die gehörigen Fähigkeiten dazu besitzen 1) und es ihnen

und Praxis B. III. S. 194. folg. *Schmelzer* Contumacialprocefs im Ault. S. 42. Die von *Gönner* Erört. zu *Danz* n. V. aufgestellte Behauptung, dafs vermöge Extensivinterpretation, auch dasselbe nicht blofs bey Versäumnissen, sondern auch bey materiell nachtheiligen Schritten des Advocaten Statt finden müsse, dürfte wohl nicht ganz gerechtfertigt werden können cf. *Wernher* T. II. P. VIII. obs. 365.

Von der gegen die nachlässigen Sachwalter nothwendigen Strafe, welche aber nicht Geldstrafe seyn darf, s. *Gönner* a. a. O. n. IV.

1) Wo der Richter dieses nicht findet, da kann er die Parthie von Amtswegen anhalten sich eines fähigen rechtlichen Beystandes zu bedienen, sobald sie sich nicht selbst zu helfen vermag. III. 1. fr. 1. §. 4.

nicht gesetzlich verboten ist, wie den Weibern 1), den Geistlichen das Advociren bey weltlichen Gerichten und gegen die Kirche 2), und dem, welcher in derselben Sache richten soll 3). Viele andere Verbote der römischen Gesetze passen zu unsrer Gerichtsverfassung nicht mehr 4).

§. 67.

Fortsetzung. Allgemeine Verbindlichkeiten des Advocaten.

Es ist gegen die, selbst durch Gesetze sanctionirte Pflicht des rechtlichen Beystandes, sich zum Verfechter boshafter Ränke und Chicanen mifsbrauchen zu lassen, und mit Recht wird daher die Uebernahme der Ausführung eines Rechtsstreites, von dessen Unrechtlichkeit man subjectiv überzeugt seyn mufste, oder doch, bey einigem Nachdenken, hätte überzeugt seyn können, als eine strafwürdige Handlung betrachtet 5). In Ansehung des einmal übernommenen Rechtsstreites verbinden die Gesetze den Advocaten zu dem höchstmöglichen Fleisse 6), so

1) Ibid. §. 5. Ob aber diese Verordnung auf Gerichte pafst, bey welchen nicht wie bey den römischen, plaidirt wird?

2) I. 37. X. c. 1. et 3. Schwerlich dürften indessen die Bestimmungen dieses und des in der vorhergehenden Note angeführten Gesetzes bey den meisten unsrer Gerichte, wo der Advocat nicht einmal im Gerichte zu erscheinen braucht, Anwendung finden können.

3) Cod. II. 6. const. 6.

4) Vergl. *Claproth* Einl. in d. ord. Proc. §. 72.

5) III. 1. Cod. const. 14. §. 1.

6) Vollständige Manualacten, für welche der Advocat auch wegen der Möglichkeit einer künftigen nothwendigen

dafs derselbe für jeden, durch seine Schuld gestifteten Schaden haften mufs 1). Der Irrthum des Advocaten aber, in so ferne er factische Umstände oder besondere Befreiungen betrifft (denn in Ansehung des gemeinen Rechts ist der Richter nie von den mangelhaften Rechtsausführungen abhängig 2)), kann zu jeder Zeit, selbst noch nach dem Beschlusse der Sache, widerrufen werden 3); er wäre denn in Gegenwart des Clienten beym mündlichen Vortrage, oder in einer von demselben unterschriebenen Schrift begangen worden, in welchem Falle er längstens binnen drey Tagen widerrufen werden mufs, wenn man sich nicht mit dem Beweise belasten will, dafs die Sache sich wirklich anders, als gesagt worden, verhalte 4). — Die Verbindlichkeit der Advocaten geht ferner dahin, die Geheimnisse der Clienten unverbrüchlich zu bewahren 5), den Procefs nicht muthwillig in die Länge zu ziehen 6), und nie, mit Verletzung der Wahrheit, oder der dem Richter schuldigen Achtung, sich zu Schmähungen, zu Injurien, oder zu Unschicklichkeiten zu erniedrigen 7).

Redintegration der gerichtlichen Acten aus denselben, besorgt seyn mufs, sind hierzu ein vorzügliches Mittel.

1) const. alleg.

2) Cod. II 11. const. un.

3) Cod. I. 18. const. 7. C. II. 10. const. 2. u. 3. Vergl. *Weber* von der Beweisführung S. 88.

4) C. II. 10. const. 3.

5) XXII. 5. fr. 25.

6) C. II 6. const. 6. §. 4. u. II. 11. const. 13. §. 9. const. 14. §. 1.

7) C. II. 6. const. 6. §. 1.

Die Nichtbeobachtung dieser Verbindlichkeiten hat Ahndungen, und besonders in dem ersten Falle harte Strafen zur Folge 1).

§. 68.

Fortsetzung. Honorarium der Advocaten.

Nach aufgehobenem Cincischen Gesetze dürfen die Advocaten eine angemessene Belohnung ihrer Mühe (honorarium) fordern 2). Die Gröſse derselben kann entweder vertragsmässig bestimmt, oder der Berechnung des Advocaten überlassen worden seyn. Im ersteren Falle muſs der geschlossene Vertrag, durch welchen auch eine jährliche Besoldung (salarium) bedungen werden kann, durchaus entscheiden. Für ungültig erklären jedoch die Gesetze Verträge dieser Art, wenn sich der Advocat, statt seiner Belohnung, einen Theil des durch den Proceſs zu erlangenden Gewinnstes versprechen läſst (pactum de quota litis 3)), oder wenn dadurch, vor geendigtem Processe, ausser der Belohnung, noch ein Vortheil auf den Fall des Sieges (palmarium) bedungen wird 4). In dem letzteren Falle hat der Advocat eine, entweder nach der gesetzlichen und herkömmlichen Taxe einzurichtende, oder, in Ermangelung einer Taxe, eine der ihm für seinen Zeitverlust gebührenden Entschädigung angemessene Berech-

1) Vergl. d. angef. Gesetze.

2) C. II, 6. const. 3. L. 13, fr. 1. §. 9.

3) C. II, 6. const. 5.

4) L. 13. fr. 1. §. 12.

nung (Deservitenrechnung), deren Unverhältnifsmäfsigkeit durch richterliche Mäfsigung sogleich aufgehoben werden kann 1), einzureichen. Der Advocat hat das Recht, die Acten des Processes, welche er zu eigenem Gebrauche halten mufs (Manualacten), so wie die Urkunden, welche er in Händen hat, obgleich beyde ein Eigenthum des Clienten sind, bis zur erfolgten Bezahlung zurückzuhalten 2); auch darf er erwarten, dafs der Richter, auf sein Ansuchen, durch beschleunigtes Verfahren für die Realisirung seiner sogleich liquiden Forderung wirken werde 3).

Das vorausbezahlte Honorar oder Salar kann zwar, wenn es nicht für jede Arbeit besonders verrechnet werden mufste, von den Erben des Advocaten, auch wenn dieser selbst es noch nicht hätte fordern können, nicht zurückgefordert werden 4), dagegen aber können die Erben von dem im Ganzen versprochenen Honorar, wenn der Advocat vor geendigter Arbeit stirbt, nur so viel verlangen, als mit den geleisteten Arbeiten im Verhältnisse steht, und von der jährlichen Besoldung überträgt der, während des Laufs des Jahres verstorbene Advocat nur so viel auf seine Erben, als verhältnifsmäfsig davon auf den verflossenen Theil des Jahres fällt 5).

1) Worauf hat hier der Richter zu sehen?
2) arg. III. 3. fr. 25. 26.
3) C. III. 1. const. 13. § 9.
4) L. 13. fr. 1. § 13.
5) arg. XXXIII. 1. fr. 10 pr. — Die Verordnung in C. II. 7. const. 15. § 1. möchte wohl auf unsre advocato fisci nicht mehr anwendbar seyn.

§. 69.

Anhang. Von dem gesetzlichen Vorbeugungsmittel gegen die Chicanen der streitenden Theile überhaupt.

Eid für Gefährde.

Noch verdient am Ende der Lehre von den streitenden Theilen ein von den Gesetzen zur Unterdrückung der Chicane eingeführtes Mittel Erwähnung. Es ist dieses der sogenannte Eid für Gefährde (juramentum calumniae), bey welchem der Schwörende versichert, daſs er, von der Rechtlichkeit seines Vorhabens überzeugt, nicht aus Chicane gegen die andere Parthie handle. Auf einzelne processualische Handlungen 1) gerichtet (juramentum calumniae speciale), war dieser Eid den Römern schon vor Justinian bekannt, auf den ganzen Proceſs gerichtet hingegen (juramentum calumniae generale) ist er eine zwar wohlgemeinte, freylich aber weniger wohl durchdachte Erfindung Justinians 2), welcher diesen Eid, als in jedem Processe von beyden Parthieen und ihren Sachwaltern gleich nach der Einlassung schlechthin zu leistend, vorschrieb. Deutsche und canonische Gesetze haben den Ge-

1) Nach römischen und deutschen Gesetzen kommt dieser vorzüglich vor bey den zweyten Fristverlängerungs-Gesuchen (Nov. 90. c. 4. verb. mit J. R. A. §. 50.), bey Eideszuschiebungen (XII. 2. D. fr. 37. vergl. jedoch *Malblanc* doctr. de jurej. §. LIV). Bey Gesuchen um Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen Nothfristen und Urtheile wegen neuen Beweises. Auch gehört hierher der Appellationseid, J. R. A. §. 117. 118.) der Revisionseid J. R. A. §. 125), das juramentum dandorum et respondendorum u. s. w.

2) ll. 59. Cod.

brauch desselben in beyder Hinsicht bestätigt 1), ja den speciellen (als juramentum malitiae), noch nach abgeleistetem generellen, für zulässig erklärt 2). Eben diese Gesetze erlauben zwar den Parthieen, sich denselben, ausdrücklich oder stillschweigend, zu erlassen 3), ja auch durch einen Bevollmächtigten abschwören zu lassen 4), allein, obgleich eben darum der Richter in der Regel 5) nicht genöthigt ist, von Amts wegen auf Ableistung desselben zu erkennen, und obgleich eben darum heutzutags seltener von ihm Gebrauch gemacht wird, so bleiben doch noch Gründe genug für die Gesetzgebung übrig, diese Lehre einer Revision zu unterwerfen und die Abschaffung dieser Eide, einzelne wenige Fälle etwa ausgenommen, zu beschliefsen. In Ansehung des generellen Eides für Gefährde hat hier der Gerichtsgebrauch die Sache diesem Ziele schon nahe geführt 6).

1) tit. Cod. all. Nov. 124. c. 1.

2) ll. 7. X. ll. 4. in 6to. J. R. A. §. 43.

3) J. R. A. §. 41. 43. ll. 4. c. 2. in 6to.

4) ll. 7. X. c. 6. 7. ll. 4. c. 2. in 6to. J. R. A. §. 43. C. O. C. P. I. t. 87. lll. t. 38.

5) wo der Eid nothwendige Formalität eines Rechtsmittels ist, fällt dieses weg.

6) Ausser *Malblanc* §. LXXXIX. et XC. vergl. vorzüglich *von Schmidt — Phiseldeck* über den Eid §. 4. Einigen Personen ist übrigens dieser Eid gesetzlich erlassen. Vergl. alleg. tit. Cod. et 6ti. Decret. libri J. R. A. §. 43. Xll. 2. D. fr. 34. §. 4. verb. mit Xll. 2. D. fr. 16. u. XXXVll. 15. fr. 7. §. 3. und *Glück* Erl. der Pand. §. 35. not. 55.

Zweyte Abtheilung.

Von den Objecten der Verhandlung.

§. 70.

Wichtigkeit einer genauen Betrachtung derselben.

Wie wichtig es, für die Parthieen sowohl und ihre Beystände, als auch für den Richter, sey, den Gegenstand des Streites einer genauen Betrachtung zu unterwerfen, erhellt zum Theil schon aus dem bisher Vorgetragenen, indem man nur mit Hülfe dieser Untersuchung im Stande ist, die Frage: welches Gericht das zuständige sey? in ihrem ganzen Umfange zu beantworten. Allein diese Rücksicht ist nicht die einzige, welche von der Nothwendigkeit einer solchen Betrachtung überzeugen kann. Auch die wichtigen Fragen: kann in dieser Sache überhaupt ein, nach den Regeln des Processes in Fällen der streitigen Gerichtsbarkeit eingerichtetes Verfahren gestattet werden? Welche Art des Verfahrens mufs hier eingeschlagen werden? und: können die mehreren Streitpuncte, deren Erörterung gefordert wird, zusammen oder in welcher Ordnung müssen sie verhandelt werden? sind nur durch eine Untersuchung der Natur des Gegenstandes, in Ansehung dessen sie aufgeworfen werden können, gründlich zu beantworten.

§. 71.

Ueber welche Gegenstände kann nicht nach den hier abzuhandelnden processualischen Lehren verhandelt werden?

Dafs die Regeln für das Verfahren in Rechtsstreitigkeiten nicht diejenigen seyen,

nach welchen das Verfahren in Sachen der willkührlichen Gerichtsbarkeit, das aber freylich darum keineswegs ein regelloses ist, eingerichtet werden darf, folgt aus der Natur der Sache. Es würde selbst nicht einmal einer Erwähnung bedürfen, wenn man nicht häufig Beyspiele von Verwechselungen in dieser Hinsicht fände, welche, da gewöhnlich die Verwaltung der willkührlichen und streitigen Gerichtsbarkeit einem und demselben Subjecte anvertraut ist, bey mangelnder sorgfältigen Prüfung, freylich nicht vermieden werden können.

Bedenkt man ferner, daſs die Regierung, indem sie Gerichte constituirt, um die Bürger des Staates bey ihren Rechten zu handhaben, die Beeinträchtigungen Anderer, welche unter dem Gesetze stehen 1), aufzuheben und die hierüber unter den Bürgern entstehenden Streitigkeiten zu schlichten, keineswegs sich selbst den Gerichten unterwerfen könne, so ergiebt es sich, daſs über alle eigentliche Regierungssachen*), sie mögen nun in

1) Dieses kann auch der Regent selbst, aber nicht die Regierung seyn.

*) Ueber die Schwierigkeit dieses Begriffs. Diese Schwierigkeit entsteht 1. dadurch, daſs, wenn man auch zugiebt, es könne in Sachen, die wirklich zum Ressort administrativer Behörden gehören, keine Contestation gegen die administrativen Maſsregeln vor die Gerichte gebracht werden, man dagegen in einzelnen Fällen bezweifeln kann, ob gewisse Gegenstände überhaupt und in tantum zum Ressort der administrativen Behörden gehören. Es bleibt hier nichts übrig, als zu sagen: die Gerichte müssen sich alles Wirkens enthal-

einen Theil der Staatsverwaltung eingreifen, in welchen sie wollen, mithin auch über Steuer-Industrie- Polizeysachen u. d. gl. keine Verhandlung bey den Gerichten des Landes 1) gestattet werden könne. Nur in so ferne eine Landesbehörde als Gericht zur Schlichtung eines Rechtsstreites, welcher durch einen Anspruch wegen Rechtsverletzung gegen ein diesem Gerichte unterworfenes Subject entstanden ist, aufgefordert worden und nur in so ferne bey

ten, welches über die Berichtserstattung hinausgeht, sobald eine administrative Behörde sich für competent erklärt hat, und es muſs in einem solchen Falle alles der Entscheidung der höchsten Regierung überlassen werden. 2. Dadurch, daſs man einsieht, es müssen den administrativen Behörden angewiesen werden *a*) Strafbefugnisse über ihre Untergebenen, *b*) sogenannte Administrativ-Justitz-Sachen, wo einzelne aus administrativen Maſsregeln Privatrechte, und vielleicht sogar Einzelne gegen Einzelne, in Anspruch nehmen und wobey, weil hier der innere Character der Justitzsachen vorhanden ist, die Vermuthung für die Justitz-Behörde streitet, obgleich manche Sachen dieser Art den Administrativ-Behörden, wenn man nicht die Thätigkeit derselben auf eine schädliche Art lähmen lassen will, durch die Gesetzgebung überlassen werden müssen. Man unterscheide privatrechtliche Verhältnisse des Fisci und andere Institute, deren Administration administrativen Behörden überlassen ist, von den Regierungshandlungen.

1) Denn in Deutschland konnte selbst die, an constitutionsmäſsige Normen gebundene Ausübung jedes Hoheitsrechtes der Landesregierungen Gegenstand einer, bey den Reichsgerichten zu verhandelnden Rechtsache werden.

dieser Sache diese Behörde in dieser Hinsicht thätig gewesen ist, kann von einer Justizsache geredet werden, welches, bey der in Deutschland häufigen Verknüpfung mehrerer Gewalten bey einer Behörde, sowohl in Hinsicht der Art des Verfahrens, als auch in Hinsicht der Thätigkeit eines höheren, öfters nur als Gericht vorgesetzten Collegs, um so mehr zu bemerken ist, da leicht bey der nämlichen Sache mehrere Staatsgewalten zu gleicher Zeit Thätigkeit äussern können.

§. 72.

Verschiedene Art des Verfahrens nach Verschiedenheit des Gegenstandes desselben.

Wenn man hiernächst auch ganz davon absehen wollte; dafs nur aus der Natur des Gegenstandes erhellen kann, ob schon izt derselbe zu einer Verhandlung reif sey, oder ob nicht vielmehr das Recht, sich über eine erlittene Beeinträchtigung zu beklagen, noch von einem künftigen Ereignisse abhänge, — eine Betrachtung, welche für beide Parthieen eben so wichtig, wie für den Richter ist, — so würde doch schon darum diese Betrachtung des Gegenstandes der Verhandlung für die Parthieen und den Richter von der unläugbarsten Nothwendigkeit seyn,

Ueber diese Materie cf. vorzüglich de *Neurath* de cognitione et potestate judiciaria in causis, quae prolitiae nomine veniunt. Erl. 1780. Wezl 1791. v. *Berg* Handb. d. deutsch Polizeyrechts 1. Th. 2. Bd. 4. Abschn. *Gönner* Handb. II. 1.

weil die mehrsten Verschiedenheiten, welche man in Ansehung der gerichtlichen Verhandlungsart antrifft, blofs und allein darum von den Gesetzen eingeführt worden sind, weil die eigene Beschaffenheit der verschiedenen zu verhandelnden Gegenstände entweder Verschiedenheiten in der Verhandlungsart schlechthin nöthwendig macht, aber doch einen Anrathungsgrund für den Gesetzgeber enthält, eine verschiedene Verhandlungsart derselben zu erlauben. So ist es beinahe blofs aus dieser Verschiedenheit der zu verhandelnden Sachen abzuleiten, dafs bey der Verhandlung der einen ein langsamerer, an bestimmte Förmlichkeiten gebundener Gang eingeschlagen werden mufs, während andere in einem freieren und schnelleren Gange behandelt werden müssen oder können.

Dafs endlich nur die Verschiedenheit der zu verhandelnden Gegenstände bey der Wahl der zu ergreifenden Rechtsmittel eine Bestimmung an die Hand geben könne, und dafs auch bey Fällen, welche auf einerley Art im Allgemeinen verhandelt werden müssen, hiervon oft die ganze Zweckmäfsigkeit der Verhandlungen abhange, bedarf für den mit der Rechtstheorie Vertrauten kaum einer Bemerkuug.

§. 73.

Ordnung des Verfahrens bey Concurrenzen.

Wenn auch völlig genau bestimmt ist, dafs gewisse Rechtssachen, durch welche Rechtsmittel und in welcher Procefsart sie verhandelt werden können und müssen, so bleibt doch,

wenn unter denselben Interessenten mehrere, in Verbindung stehende Rechtssachen eine Entscheidung erfordern (concursus causarum connexarum), die Frage übrig: in welcher Ordnung die Untersuchung und Entscheidung derselben vorgenommen werden müsse (Quaestio de ordine causarum, cognitionum, judiciorum?) und auch diese, für Parthieen und Richter gleich wichtige Frage kann nur durch Entwickelung der, nach Verschiedenheit der Sachen, verschiedenen Verbindung derselben beantwortet werden. Daſs diese verbundenen Sachen in der Regel von e i n e m, und von welchem Richter sie entschieden werden müssen, wurde schon oben (§. 42.) ausgeführt. In Ansehung der Verfahrungsordnung entscheiden folgende Regeln:

I. Sachen, deren Entscheidung die Grundlage für die Entscheidung anderer giebt (causae praejudiciales), müssen nothwendig vor diesen erörtert werden.

II. Sachen dagegen, durch welche nur ein Hinderniſs der zweckmäſsigen Entscheidung anderer 1) entfernt werden soll (causae praeparatoriae), müssen nur dann vor diesen erörtert werden, wenn sie in einem solchen Verhältnisse zu der Hauptsache stehen, daſs die Gesetze weder ein e v e n t u e l l e s Verhandeln über diese zu der nämlichen Zeit e r f o r d e r n 2), noch

1) Sey es in Ansehung der Gerichtsbarkeit, der streitenden Theile, oder der Hauptsache selbst.

2) Dieſs ist in Ansehung des Verhältnisses der dilatorischen Einreden zu der Hauptsache in der Regel der Fall, wovon unten weiter §. 171.

auch ein solches ohne Widerspruch denkbar wäre. Ist ein solcher Widerspruch nicht vorhanden, so können sie wenigstens eventuell zugleich behandelt werden.

III. Alle übrigen connexen Sachen können ohne Anstand zu gleicher Zeit verhandelt werden 1).

Bey nicht connexen Sachen kann die Verhandlung der einen die Verhandlung der andern nie stören, für den Vorzug der einen oder der andern bey der Entscheidung kann jedoch allerdings die vorzügliche Wichtigkeit (worauf Sollicitationen aufmerksam machen können), sonst aber nur die Zeit ihrer Rechtsanhängigkeit bestimmend seyn.

1) Von der nothwendigen Vorsicht des Richters in diesen Sachen, um Verwirrungen des Processes zu vermeiden. Ueberhaupt vergl. VII. 19. Cod. II. 10. X. c. 1, 2, 3.

ZWEYTES BUCH.

Theorie des gemeinen deutschen Civilprocesses selbst.

Erster Theil.

Von der Ordnung und der Einrichtung des gerichtlichen Verfahrens im Allgemeinen.

Erste Abtheilung.

Von den Bestandtheilen des gerichtlichen Verfahrens und ihrer nothwendigen Verbindung im Allgemeinen.

§. 74.

Wesentliche Stücke jedes Verfahrens und Ordnung derselben.

Alles, was nothwendig gedacht werden muſs, damit durch das gerichtliche Verfahren sein Endzweck vollkommen erreicht werden könne, ist ein wesentliches Stück dieses Verfahrens, und die Ordnung, in welcher diese Stücke nothwendig verbunden gedacht werden müssen, ist die wesentliche Verfahrensordnung.

Der Endzweck eines jeden gerichtlichen Verfahrens ist: daſs jeder bey seinem ihm von dem Staate garantirten Rechte, durch die richterliche Hülfe, geschützt werde. Dieses ist nun

aber, unter der Voraussetzung eines Rechtsstreits zwischen zwey Parthieen nicht möglich, so lange noch nicht bestimmt ist, ob und in wie ferne die bestrittenen Ansprüche der einen Parthie gegen die andere, oder beyder gegen einander als rechtliche betrachtet werden können. Es ist daher nothwendiges Mittel zu dem angegebenen Endzwecke, daſs über diese Rechtlichkeit erkannt, und dadurch der vorhandene Rechtsstreit entschieden werde. Die richterliche Entscheidnng ist nothwendig eine Erklärung über die Identität der Merkmale des bestimmten Falles mit den Merkmalen des in dem anzuwendenden Gesetze enthaltenen. Sie kann demnach nicht gedacht werden, als unter der Voraussetzung, daſs *a*) die Merkmale des bestimmten Falls von denjenigen, welche daraus Rechte ableiten wollen, dem Richter vorgelegt, und dann *b*) diese Merkmale selbst von dem Richter geprüft worden sind.

Alle einzelnen, bey dem gerichtlichen Verfahren vorkommenden Handlungen müssen auf die angegebenen nothwendigen Bedingungen zu der Erreichung des Endzwecks des gerichtlichen Verfahrens berechnet seyn, und von diesen Bedingungen selbst darf nie eine fehlen, oder die wesentliche Ordnung derselben umgekehrt werden. Geschieht dieses dennoch, so nennt man den Proceſs einen tumultuarischen, welcher als unheilbar nichtig betrachtet werden muſs.

§. 75.

Bedingt wesentliche Stücke der Verhandlung.

Da die im vorigen §. angegebenen nothwendigen Bedingungen zur Erreichung des End-

zwecks des gerichtlichen Verfahrens als wesentliche Stücke des Processes angegeben werden, so mufs auch von jeder einzelnen Handlung, ohne welche eine oder die andere dieser Bedingungen nicht vollkommen erreicht werden kann, behauptet werden, dafs sie eine wesentliche seye. Weil es nun einleuchtet, dafs diese einzelnen nothwendigen Handlungen, nach der Verschiedenheit der zu verhandelnden Gegenstände, verschieden seyn können, so kann es auch nicht auffallen, dafs öfters eine bestimmte Handlung in dem einen Processe als wesentlich erscheinen kann, während sie in einem andern vielleicht selbst als unnütz erscheint. Durch diese Unterscheidung der bedingt wesentlichen Theile des Verfahrens von den absolut wesentlichen werden sich nicht nur dergleichen Fragen, wie: ob der Beweis, ob die Ladung etc. wesentliche Stücke des Processes seyen? sehr leicht beantworten, sondern man wird auch dadurch in den Stand gesetzt, bey jedem bestimmten Verfahren genau zu beurtheilen, ob es ein tumultuarisches sey? ohne durch den Umstand, dafs der Mangel, um dessen Willen man Nichtigkeit ausspricht, im Allgemeinen diese Wirkung nicht habe, in Verlegenheit kommen zu können.

Fehlt es an einem bedingt wesentlichen Stücke, so wird das Verfahren von dem Puncte an, wo die Bedingung, welche dieses Stück zum wesentlichen machte, eintrat, tumultuarisch und unheilbar nichtig.

§. 76.

Formalitäten. Gesetzlicher, gewillkührter Procefs.

Da es, wenn man sich irgend ein wesentliches Stück eines Verfahrens als einen bestimmten zu erreichenden Zweck denkt, mehrere verschiedene Mittel geben kann, durch welche dieser Zweck vollkommen zu erreichen ist, und zwischen welchen demnach nothwendig gewählt werden mufs, so können hier allerdings Nebenabsichten als die Wahl entscheidend betrachtet werden. Zu tadeln ist es in diesem Falle nicht, wenn man sich darum für den Gebrauch gerade dieser Mittel bestimmte, weil man durch sie vielleicht eine gröfsere Genauigkeit und Bestimmtheit, oder auch nur eine gewisse, der Würde öffentlicher Verhandlungen angemessenere und zu gröfserem Zutrauen berechtigende Feierlichkeit des Verfahrens erlangen zu können hofft. Durch die Wahl unter mehreren möglichen Handlungen, welche als Mittel für den Zweck erscheinen können, oder durch die Wahl unter mehreren möglichen Einrichtungsarten einer nothwendigen Handlung entstehen die Förmlichkeiten des Processes 1).

1) So ist es z. B. für die Entscheidung des Rechtsstreites im Ganzen einerley, ob gleich auf die Aufforderung des einen Theils gegen den andern unter der Bedingung, wenn er nicht zu einer andern Verfügung hinleitende Momente der richterlichen Prüfung vorzulegen haben sollte, verfügt wird, oder ob man das richterliche Erkenntnifs erst auf den Versuch, alles für die richterliche Prüfung interessante zu sammeln, folgen läfst. Es ist daher nur Formalitäts-Unterschied, wenn unsre Gesetze das leztere als Regel, das erstere aber (den bedingten Mandatsqrocefs) als Ausnahme aufstellen.

In der deutschen Gesetzgebung ist diese Wahl im Allgemeinen nicht so geschehen, daſs dadurch alle Willkühr der Parthieen ausgeschlossen würde 1). Daher, je nachdem Willkühr der Parthieen, oder Gesetz als Quelle für die formellen Bestimmungen des Verfahrens erscheint, die Eintheilung des Processes in den gewillkührten (processus conventionalis) und den gesetzlichen (processus legalis).

Wird eine processualische Handlung ohne die gesetzlich nothwendige 2) Form vorgenommen, so hat diejenige Parthie, auf deren Rechtsverfolgung die versäumte Formalität Einfluſs haben kann, das Recht, die unförmliche Handlung als nichtig anzufechten, und daher bey unförmlichen Verhandlungen des Gegentheils die Folgen dieser anzuerkennenden Nichtigkeit für sich in Anspruch zu nehmen 3) bey unförmlichen richterlichen Verfügungen aber die Aufhebung dieser Nichtigkeit zu verlangen. 4. Ausdrücklich und stillschweigend

1) Clem. V. 11. c. 2. in fine.

2) Denn dasjenige, was Gesetz oder Rechtsgelehrte zur vollen Zweckgemäſsheit einer Handlung in Ansehung des Formellen empfehlen, darf, wie jeder gute Rath, unbeachtet gelassen werden.

3) welches, nach der Verschiedenheit der Tendenz der gegentheiligen Handlung, bald durch Vorschützung von Schutzreden gegen die unförmliche Handlung, bald durch Bitten zur Einleitung des, bey versäumten gerichtlichen Handlungen Statt findenden (Contumacial -) Verfahrens geschehen kann

4) Nicht aber durch eigentliche Nichtigkeitsbeschwerden, so lange noch nicht die unförmliche richterliche Verfügung als eigentliches Erkenntniſs betrachtet werden muſs.

kann indessen auch die berechtigte Parthie auf dieses Recht Verzicht leisten und dadurch die Abweichung von dem förmlichen Gange conventionell sanctioniren.

Nie fliefst aber aus der versäumten Formalität Nichtigkeit des ganzen Processes, wenn nicht 1. dadurch zugleich ein absolut oder bedingt wesentliches Stück des Verfahrens versäumt wurde, welches, da alle Formalitäten Mittel zur Herbeyführung des Wesentlichen sind, sehr leicht geschehen kann, oder 2. die positiven Gesetze an die Versäumung der Förmlichkeit ausdrücklich die Nichtigkeit des ganzen Verfahrens als Folge knüpfen und dadurrh im Grunde die Formalität zum Range eines wesentlichen Stückes erheben 1).

§. 77.

Ordentlicher, ausserordentlicher, summarischer Procefs. Concursprocefs.

Es ist sehr natürlich, dafs die Gesetze ein in der Regel eintretendes förmliches Verfahren bestimmen, und dafs sie sich begnügen müssen, nur in Ansehung einiger Fälle, bey welchem die Nothwendigkeit oder Nützlichkeit

1) Eine überaus schätzbare Abhandlung über die wesentlichen Stücke des Processes und die Förmlichkeiten hat uns *Gönner* im Handb. Th. I. n. XIII. et XIV. 2te Ausg. Th. II. n. 27. 28. geliefert. Selbst da, wo ich von *Gönnern* hier und da abweiche, danke ich, wenn ich richtiger sehen sollte, ihm diese Einsicht.

eines veränderten Gangs vorzüglich in die Augen fallend ist, Ausnahmen von dieser Regel zu gebieten, oder zu erlauben. Diese Ausnahmsweise eintretenden Verfahrensarten würden, im Gegensatze gegen die in der Regel eintretende, mit Recht den Namen der ausserordentlichen führen, wogegen diejenige Verfahrensart, welche bey der Verhandlung jedes Rechtsstreits, bis zum Beweise einer Ausnahme Statt findet, den Namen der ordentlichen (processus ordinarius) führet. Weil bey allen ausserordentlichen Procefsarten, welche unsre Gesetze kennen, die Ausnahme von der Regel in einem etwas schnelleren Gange besteht, so pflegt man dieselben auch mit dem Namen der summarischen Procefsarten, zu bezeichnen, und dann, im Gegensatze, den nicht summarischen Procefs den feierlichen (processum solennem) zu nennen.

Nur eine einzige besondere Verfahrensart haben wir nach gemeinem Rechte, bey welcher die Abweichungen von dem gewöhnlichen Gange des Verfahrens nicht blofs in Verschiedenheiten der Form, sondern auch zugleich in Verschiedenheiten der wesentlichen Stücke bestehen. Diefs ist der Concursprocefs. Der Grund hiervon liegt aber darin, weil die Gesetze bey diesem Verfahren dem Richter, aufser dem für jedes Verfahren in Rechtsstreitigkeiten entscheidenden Zwecke, auch noch einen andern polizeylichen Zweck zu berücksichtigen befehlen. Der Concursprocefs ist ein gemischtes Verfahren und eben darum kann derselbe, da er, in so ferne Rechtsstrei-

tigkeiten in ihm verhandelt werden, sich nicht besonders auszeichnet, auf eine Entwickelung seiner Eigenthümlichkeiten keineswegs in einer Theorie des Verfahrens in Rechtsstreitigkeiten Anspruch machen. Als aus zwey verschiedenen Theorieen erklärbar, muſs er in einem Anhange zu beyden Theorieen erklärt werden 1).

§. 78.

Nähere Betrachtung der Hauptbestandtheile der Verhandlung, vorzüglich des Vorbringens der Parthieen. Zwang zur Rechtsvertheidigung. Grund der Termine und des Contumacialverfahrens.

Da jeder Bürger über seine Rechte nach freier Willkühr zu schalten befugt ist und jeder sein Recht, sey es nun ganz oder zum Theile, aufopfern darf, so folgt, daſs der Staat nur dasjenige jedem zu schützen habe, was dieser auch wirklich als das Seine anerkennt, und in Ansehung dessen er Schutz von dem Staate

1) Nach den bisherigen Ausführungen kann ich den, von *Gönner* a. a. O. vorgeschlagenen Unterschied zwischen allgemein (bey allen Procesſarten) und besonders (bey einzelnen Procesſarten) wesentlichen Stücken nicht anerkennen. Jedes reine Verfahren in Rechtsstreitigkeiten hat denselben Zweck und nur durch Verschiedenheit der Formen, entstehen verschiedene Verfahrensarten. *Gönner* scheint mir das, was für eine bestimmte Form, als Zweck gedacht, wesentlich ist, mit demjenigen, was für das Verfahren überhaupt wesentlich ist, verwechselt zu haben. Für dieses ist das für die einzelne Form Wesentliche, so wie diese Form selbst, nur zufällig.

verlangt. Der Endzweck des gerichtlichen Verfahrens erhält hierdurch die genauere Bestimmung: daſs das Seine eines jeden Bürgers, welches dieser als solches betrachten will, geschützt werde, wenn erhellt, daſs er es mit Recht so betrachte.

Dieses gilt von der einen Parthie, wie von der andern und es zerfällt daher das Gesagte in folgende beyden Regeln: *a*) nur dasjenige, was einer als sein Recht fordert, ist Gegenstand der richterlichen Prüfung, und *b*) dieses nur, in so ferne der Angegriffene die Forderung bestreitet 1). Es giebt daher kein Verfahren von Amtswegen, keinen *absoluten* Zwang gegen die Parthieen zur Rechtsvertheidigung. Die ganze Entwickelung unsers Processes in allen seinen Formen ist eine (sehr wenige Ausnahmen abgerechnet) consequente Exposition dieser Grundsätze 2). Relativer Zwang dagegen zur Erörterung und

1) Diese Regel paſst aber freylich nur, so weit ihr Grund vorhanden ist. Sie paſst daher nicht, in so ferne eine Parthie nicht über das Ihrige nach Belieben schalten darf, und die Gesetze der Person des Richters zugleich vormundschaftliche Pflichten auflegen.

Von der nothwendigen Vorsicht des Richters, um in solchen Fällen Thätigkeit der beyden, in ihm vereinten Personen zu äussern, ohne die Pflichten der einen, oder der andern zu verletzen.

2) Selbst die Nothwendigkeit der Contumacial-Anklage ist nur Folgerung aus diesem Grundsatze. Aus ihm flieſst auch der wichtige Grundsatz des schriftlichen Verfahrens: quod non est in actis, non est in mundo. *Gönner* nennt die angedeutete Grundmaxime unsers

Vertheidigung der im Streite befangenen Rechte, ist unerlaſsliches Erforderniſs jeder möglichen Justitzverwaltung und anerkanntes Princip der unsrigen. Die einzelnen auf Rechtserörterung und Rechtsvertheidigung berechneten Handlungen müssen an eine Zeitbestimmung (Termine) gebunden werden und die Versäumung dieser Termine muſs in Ansehung des an sie Gebundenen präjudicirend seyn (Contumacial-Verfahren).

§. 79.

Fortsetzung. Von der richterlichen Prüfung. Gegenstand derselben. Klage. Schutzreden des Beklagten.

Durch den Vortrag der Parthieen wird der Rechtsstreit Gegenstand der richterlichen Prüfung, mithin nicht bloſs der einseitige Vortrag des angreifenden Theils (Klage), sondern

Processes sehr treffend die Verhandlungsmaxime (Handb. I. XI). Ihr steht die in der Preuſsischen Gerichtsordnung zum Grund gelegte Maxime entgegen, welche *Gönner* passend die Untersuchungsmaxime nennt. Trefflich hat *Gönner* die Verschiedenheiten beyder entwickelt und den wohlthätigen Geist der preussischen Gerichtsordnung ergriffen. Ich möchte aber doch behaupten, daſs die Untersuchungsmaxime nur durch Inconsequenzen gehalten werden kann, daſs nur die Verhandlungsmaxime eine durchaus consequente Entwickelung für den Zweck des processualischen Verfahrens zuläſst, und daſs es eigentlich nicht die Schuld dieser Maxime sey, wenn sich in dem wirklichen Leben aus ihr auch andere, als wohlthätige Folgen entwickeln.

auch alles, was zur Vertheidigung des Angegriffenen gehört (Schutzreden im weitesten Sinne), mag dadurch bloſs die gegenwärtige Ablehnung einer Proceſsführung über den vom Gegentheile geforderten Gegenstand gesucht (exceptiones dilatoriae), oder mag dadurch der Grund der Klage geläugnet (litis contestatio negativa), oder der nicht zu läugnende Grund derselben, durch factisches Vorbringen, oder Berufen auf eine neuere Rechtsbegünstigung, als zerstört dargestellt werden (exceptiones peremtoriae). Ein Verfahren, welches nicht auf die *Möglichkeit*, die Vertheidigung des Angegriffenen zum Gegenstande der, die Entscheidung bedingenden richterlichen Prüfung zu machen, berechnet wäre, würde als wesentlich fehlerhaft, nie auf eine Rechtsgültigkeit Anspruch machen können. Die entgegengesetzte Tendenz ist die des gemeinen deutschen Processes. Bis in seine kleinsten Folgesätze hin ehrt den Grundsatz: daſs keine richterliche Verfügung auf die nothwendige Gesetzeskraft eines Richterspruches Anspruch habe, welche auf bloſse Prüfung des factischen Vortrags des *einen* Theils, mit Ausschliessung der noch nicht versäumten Vertheidigung des *andern* erlassen worden wäre. 1).

Ladungen (citationes) erscheinen darum als bedingt wesentliche Bestandtheile

1) Unser Mandatsverfahren ist der entscheidendste Beleg für diese Wahrheit. Vergl. auch VII. Cod. 57.

des Verfahrens, und wenn aus der angegebenen Tendenz auf der einen Seite erhellt, daſs die hier und da erforderlichen Ladungen mit der Auflage einer bestimmten, auf Rechtsvertheidigung vorzüglich berechneten Handlung (citationes *arctatoriae*) nur zu den Formalitäten des Processes gehören können, so werden dadurch auf der andern Seite die eine Möglichkeit der Rechtsausführung bloſs zulassenden Ladungen (citationes *monitoriae*), ja sogar die bloſsen Communicationen zur Nachricht, welche, wenn der Zeitpunct des ferneren Handelns bestimmt ist, im Grunde den monitorischen Ladungen gleich stehen, aus der Reihe bedeutungsleerer Formen entnommen, und man erkennt es als Wirkung jener Tendenz, wenn in unserem Processe als Regel betrachtet wird: daſs *a.* jeder Vortrag der einen Parthie, gegen welchen nicht alle Vertheidigung ohne Zweifel zwecklos wäre, der andern Parthie mitzutheilen, *b.* von jedem Schritte in dem Verfahren aber, welcher auf die Rechte der Parthieen Einfluſs haben könnte, diesen Nachricht zu ertheilen sey 1).

§. 80 *a.*

Fortsetzung. Von dem Beweise.

Das Vorbringen der Parthieen ist Gegenstand der richterlichen Prüfung zum Zwecke einer Entscheidung. Zur Möglichkeit dieser muſs jene auf die Lösung zweyer Fragen ge-

1) *Gönner* I. 13. II. 28.

richtet seyn: 1) ist das Verlangen der Parthie, unter Voraussetzung der Wahrheit der von ihr vorgetragenen Thatsachen, gesetzmäſsig d. h. ist zwischen den Merkmalen der Fälle, an welche das Gesetz die, dem Verlangen der Parthie entsprechende Folge knüpft, und den Merkmalen des von der Parthie vorgetragenen Falls Identität vorhanden? und *b*) sind jene Thatsachen wahre (noch sinnlich wahrnehmbare) Erscheinungen, oder (in der Vergangenheit wahrnehmbar gewesene) Begebenheiten?

Zur Lösung der ersteren dieser Fragen bedarf es nur der Reflexion des Richters, keines Verhandelns. Führt jene Reflexion zu einer verneinenden Beantwortung hin, so würde ein Verhandeln über die zweyte Frage völlig zwecklos erscheinen. In solchen Fällen muſs daher, wenn sich der Richter nicht der Gefahr aussetzen will, wegen der Kosten unnützer Handlungen verantwortlich zu werden, das unrechtliche Gesuch der Parthie jedesmal ohne alles weitere Verfahren abgeschlagen werden *).

Ist dagegen die erstere Frage bejahend zu beantworten, so wird in Ansehung der zweyten die richterliche Prüfung das Vorhandenseyn solcher sinnlich wahrnehmbaren Merkmale, an welchen der Richter, als solcher 1), die

*) Anders freylich, wenn das formelle Verfahren, wie in dem französischen Processe, mit einer Ladung des Gegners, ohne Zuthun der Gerichte, beginnt.

1) Daher das Bestreben einzelner Gesetzgebungen, die Summe der Beweiskraft der einzelnen Beweismittel, so weit es geschehen kann, zu bestimmen. Daher die nothwendige Anwendung der Regel: quod non est in actis, non est in mundo auch in Hinsicht der Beweise.

Wahrheit von Thatsachen, nach den Gesetzen, erkennen kann (d. h. Beweise), verlangen.

Die nothwendigen Beweise der, das rechtliche Verlangen der Parthie bedingenden Thatsachen herbeyzuführen, ist die zweyte wesentliche Tendenz des Verfahrens bey Gerichte. Ausser dieser giebt es keine weitere, und jede Handlung, welche von dem Augenblicke des Vortrags der rechtlichen Bitte einer Parthie an bis zu der richterlichen unbedingten Entscheidung über diese Bitte, bey dem Gerichte vorkömmt, kann daher nur aus möglichen Formen zur Einleitung der rechtlichen Vertheidigung der Gegenparthie (§. 79.) und zur Instruirung der Beweise bestehen 1).

§. 80. *b.*

Fortsetzung. Beweismittel. Nothwendiger Unterschied zwischen den Beweismitteln. Beweisführung.

Jedes sinnlich wahrnehmbare Merkmal, aus welchem Gründe für die richterliche Ueberzeugung von der Wahrheit einer bestimmten That-

1) Ueber die Lehre vom Beweise habe ich vorzüglich dankbar benutzt die trefflichen *Gönner*schen Abhandlungen im 2ten Bande des Handbuchs. *Schneider* über den Beweis. Giefsen und Darmstadt 1803. v. *Globig* Theorie der Wahrscheinlichkeit 2 Bde 1806.

A. D. Weber über die Verbindlichkeit zur Beweisführung.

Klötzer Versuch eines Beytrags zur Berichtigung der Lehre von der Beweislast. Jena 1813. 8.

Borst über die Beweislast im Civilprocefs. Bamberg und Leipz. 1816. 8.

sache fliesen, ist für den Richter ein Beweismittel. Jede Thatsache, deren Existenz Gründe für die Annahme der Existenz einer bestimmten andern Thatsache an die Hand giebt, ist in so ferne allerdings Beweismittel, und in so ferne verdienen die Geständnisse und Vermuthungsgründe offenbar auch diesen Namen. In so ferne dagegen der Beweis als Handlung im Verfahren vorkömmt, und in so ferne daher unter Beweismittel eine, dem Richter Beweis herbeiführende Handlung (Mittel zur Beweisführung) verstanden wird, können Geständnisse und Vermuthungsgründe wohl Gegenstände und Resultate der Beweisführung, aber nicht Mittel zur Beweisführung seyn. In so ferne verdienen nur folgende Mittel diesen Namen: *a.* der Augenschein und die Beurtheilung 1) der Sachverständigen, *b.* Zeugenaussagen, *c.* Urkundenvorlegung, *d.* Eide.

Selbst unter diesen äussert sich aber wieder ein auffallender Unterschied. Das erste nämlich ist ausschliessend Mittel, Erscheinungen an dem Gegenstande des Rechtsstreites zu erkennen und richtig zu erkennen, die übrigen führen zum Beweise der Begebenheiten. Das an dem Gegenstande des Rechtsstreites Erscheinende ist nun aber dem prüfenden Blicke des Richters schon dadurch vorgelegt, daſs dieser Gegenstand selbst, zur Bestimmung des rechtlichen Verhältnisses in Ansehung des-

1) Ich sage die Beurtheilung der Sachverständigen, denn die Kunstverständigen erscheinen nicht selten in dem Procefse auch bloſs als kunstverständige Zeugen, in welchem Falle von ihnen dasselbe gilt, was von den Zeugen behauptet werden muſs.

selben, vor seinen Richterstuhl gebracht worden ist. Zur Auffassung dieser Erscheinungen ist er hierdurch schon aufgefordert. Daher sind es im Grunde nur die drey letzteren Mittel, welche, wenn von der Parthie eine, an eine bestimmte Zeit nothwendig zu beschränkende (§. 78.) Beweisführung verlangt wird, verstanden seyn können. In Ansehung der an Termine gebundenenen Beweisführung verdienen daher nur diese den Namen der Beweismittel (Beweismittel im engsten Sinne), obgleich auch das erste der angeführten Mittel, als processualische Handlung, immer zum Behufe der Beweisführung gebraucht werden kann 1).

§. 81. *a.*

Theorie der Vermuthungen. Zusammenhang dieser Lehre mit der richterlichen Bestimmung der Beweisobliegenheit.

Eine Thatsache, welche mit irgend einer andern unbestrittenen in einer so unzertrennlichen Verbindung steht, daſs die eine nicht ohne die andere seyn kann 2), bedarf natürlicher Weise keines Beweises und schlieſst die Möglichkeit eines entgegengesetzten Beweises aus. Wo von Beweisen die Rede seyn soll, muſs daher der behaupteten Thatsache die Möglichkeit der direct entgegengesetzten Behauptung gegenüber stehen, und wenn dieses der Fall ist, so muſs diejenige Behauptung, welche der zu be-

1) Durch diese Darstellung glaube ich, unsre Praxis rechtfertigen zu können, welche den Beweis durch Augenschein und Kunstverständige als ex officio zu verfügende Beweishandlungen darstellt und doch in dem Berufen auf ihren Gebrauch eine genügende Befolgung der Beweissentenz erkennt.

2) Sey dieſs nun nach Naturgesetzen, oder nach juridischen (praesumtio juris et de jure s. fictio juris.)

weisenden entgegensteht, so lange für Wahrheit gelten, bis das Gegentheil bewiesen ist 1), d. h. sie muſs rechtlich vermuthet werden.

Da es dem Sprachgebrauche gemäſs ist, den Begriff von Vermuthungen überall anzuwenden, wo man sich mehr oder minder bestimmt fühlt, eine nicht erwiesene Thatsache anzunehmen, so ist es keine Willkühr, wenn man in der Nothwendigkeit, das Entgegengesetzte der Beweissätze problematisch anzunehmen, den Character einer rechtlichen Vermuthung erkennt und es läſst sich, wenn man von den seltenen Beyspielen absieht, wo die positiven Gesetze, zur Lösung eines sonst unauflöslichen Zweifels, eine ganz willkührliche Annahme gebieten, 2), sehr leicht nachzeigen, daſs überall, wo von rechtlichen Vermuthungen die Rede ist, wirklich von gar nichts anderem, als von der Nothwendigkeit der problematischen Annahme des Gegentheils der Beweissätze geredet werde 3).

Freylich unterscheidet sich aber darum der Begriff der rechtlichen Vermuthung sehr von dem der gemeinen Vermuthung, welche da vorhanden ist, wo man die juridische Gewiſsheit nicht bestimmende Gründe für die Annahme eines Satzes findet, welchen man sich als zu beweisend denkt.

Die rechtlichen Vermuthungen (praesumtiones iuris, weil sie bis zu erbrachtem vollen Be-

1) *Schneider* a. a. O. §. 4.

2) z. B. XXXIV. 5. fr. 9. §. ult. fr. 22. 23.

3) Die Mehrsten haben freylich, nach *Weber*, ganz andere Ansichten.

weise des Gegentheils, unerschüttert fest stehen, und daher, ob sie gleich vor dem vollen Beweise verschwinden, doch nie weder mit dem vollständigen noch mit dem unvollständigen Beweise in Collision kommen, können öfters die höchste Wahrscheinlichkeit gegen sich haben. Diese sind dagegen stets Wahrscheinlichkeiten, welche aus unvollständigen Beweisen entspringen und mit entgegengesetzten, aus unvollständigen Beweisen hervorgehenden Wahrscheinlichkeiten in eine Collision kommen, bey welcher sich beyde gegenseitig, wenn sie von gleicher Stärke sind, neutralisiren.

Die rechtlichen Vermuthungen sind in unsern positiven Gesetzen keineswegs vollständig aufgezählt, und können es nicht seyn, weil überall, wo dem einen Theile ein Beweis aufgelegt wird, für die Behauptung des andern eine Rechtsvermuthung, welche den Grund, warum jenem der Beweis aufgelegt wurde, enthielt, streiten und es daher der Rechtsvermuthungen im Grunde so viele geben muſs, als Thatsachen gedacht werden können. Was man findet, sind Beispiele, welche uns, eine allgemeine Regel aus dem Geiste der Gesetze abzuleiten, auffordern. Die folgenden Regeln dürften hier wohl als erschöpfend betrachtet werden:

a. Dasjenige wird rechtlich vermuthet, was zu den natürlichen Bestimmungen eines gewissen Etwas 1) gehört und was durch die anerkann-

1) Diese Bestimmungen flieſsen mitunter selbst aus den Gesetzen z. B. die naturalia mancher Contracte, zum

ten Bestimmungen desselben als vermittelt betrachtet werden mufs, wenn nicht Zufälligkeiten diese Vermittelung gestört haben sollten.

(*Rechtliche Vermuthung eines bejahenden Satzes.*)

b. Das Gegentheil von demjenigen wird rechtlich vermuthet, was nicht mit den natürlichen oder bewiesenen Bestimmungen eines gewissen Etwas mit Nothwendigkeit gegeben ist 1), sondern nur durch Zufälligkeiten damit verbunden seyn kann.

(*Rechtliche Vermuthungen eines verneinenden Satzes.* 2))

Die gemeinen Vermuthungen sind Wahrscheinlichkeitsgründe für einen

Theile bestimmt sie der Begriff des Etwas, wie bey dem organischen Körper, zum Theile Convention, welche dem Etwas seine Bedeutung giebt, wie bey Handlungen, Worten (Sprachgebrauch) u. s. w. Sehr viele gesetzliche Beyspiele von Rechtsvermuthungen stellen gesetzliche Erklärungen über die natürlichen Bestimmungen gewisser Handlungen dar. Dergleichen Erklärungen sind vorzüglich bey solchen Handlungen von Nutzen, über deren natürliche Tendenz leicht eine Verschiedenheit der Ansichten möglich ist.

1) *Z.* B. Abwesenheit einer, nicht nach der vorigen Regel zu vermuthenden Naturbegebenheit, oder bestimmten menschlichen Handlung. Der Begriff des Menschen enthält Handlungsnothwendigkeit aber nicht Nothwendigkeit einer bestimmten Handlung. Hierhin gehören die mehrsten der gesetzlich bestimmten Vermuthungen z. B. das: quilibet praesumitur bonus, praesumitur pro libertate, pro possessore u. s. w.

2) Eine Behauptung kann überhaupt rechtlich vermuthet werden, in ihren näheren Bestimmungen

Beweissatz, sey es nun für einen, wegen der entgegenstehenden Rechtsvermuthung, nothwendigen Beweissatz, oder für einen solchen, welchen man bey dem eigentlichen Gegenbeweise darum willkührlich übernahm, um durch Bewirkung einer Collision der Beweise, das Entstehen eines vollständigen Beweises und dadurch das Vernichten der für für einen streitenden Rechtsvermuthung zu verhindern. Man theilt diese Vermuthungen in dringende und entfernte ein. Jene sind vorhanden, wenn eine so innige Causalverbindung des aufgefundenen Umstandes mit dem zu beweisenden Statt findet, daſs man beyde kaum als getrennt denken kann, diese dagegen, wenn jene Causalverbindung als minder innig erscheint, (noch starke, oder mehrere Zweifel übrig bleiben). *)

§. 81. *b.*

Wem liegt der Beweis ob?

Die Entwickelung des vorigen §. enthält die bestimmte Beantwortung der aufgeworfenen Frage.

Derjenige muſs beweisen, welcher seine rechtliche Bitte auf bestrittene

die rechliche Vermuthung gegen sich haben, z. B. der Tod eines vor 300 Jahren gebornen Menschen in Ansehung des bestimmten Zeitpunctes.

Schneider, a. a. O. §. 20.

*) Ueber die Vermuthungen siehe auch *A. W. Feuerlein* Versuch einer neuen Theorie der Vermuthungen. 1810. 8.

Thatsachen stützet, gegen welche die rechtliche Vermuthung streitet.

Die gewöhnlichen Regeln: daſs der Kläger seine Klage, der Beklagte seine Einreden beweisen müsse, oder: daſs demjenigen, welcher sich auf einen bejahenden Thatsatz stütze, nicht demjenigen, welcher sein Recht aus einem verneinenden Thatsatze ableite, der Beweis obliege, sind zwar öfters zutreffend, aber dennoch, als Rechtsregeln unrichtig und Irrthümer veranlassend.

§ 82. *a.*

Eingeständniſs befreyt von der Nothwendigkeit der Beweisführung. Beweiskraft des Eingeständnisses für den Richter. Grund der Eintheilung des Verfahrens in das präparatorische und förmliche Beweisverfahren.

Nur bestrittene Thatsätze snid Gegenstand einer Beweisführung. Was die eine Parthie *der andern* einräumt, ist im Civilverfahren 1) dem Richter wahr und bewiesen (§. 78.), und daher, in so ferne nur das Factum der geschehenen Einräumung nicht bestritten ist, ohne Beweisführung dem richterlichen Spruche zum Grunde zu legen.

Die Eingeständnisse der einen Parthie von Facten, worauf sich die andere beruft (eignen Zeugnisse der einen von der Wahrheit

1) Anders im Criminal-Verfahren, wo der im §. 78 angegebene Grund hinwegfällt. Ueberhaupt beruht die Beweiskraft eines Geständnisses im Criminal-Verfahren auf ganz andern Gründen, als im Civil-Verfahren.

der Behauptungen der andern 1)), sind daher für den Richter immer sehr wichtige Beweismittel (§. 80. *b.*). Sie geben ihm, als solchen 2), volle Ueberzeugung, sobald sie nur frey und ernstlich, d. h. in der Absicht, um dadurch etwas jedem als Wahrheit kund zu thun, oder doch dem Gegner etwas einzuräumen 3), gegeben werden. Sind diese Erfordernisse vorhanden, so kömmt nichts darauf an, ob das Eingeständnifs ausdrücklich oder stillschweigend, d. i. aus völlig concludenten Handlungen gefolgertes ist. Selbst das gerichtliche, d. h. in dem Laufe der Verhandlungen vor dem competenten Richter abgelegte 4) Geständnifs, hat alsdann keine gröfsere Beweifskraft, als das aussergerichtliche, obgleich dieses gegen jenes, theils wegen der leichteren Möglichkeit von Zweifeln gegen die Ernstlichkeit, theils darum, weil seine Existenz selbst leicht bestritten und dadurch Gegenstand einer nothwendigen Beweisführung werden kann, öfters an Nutzbarkeit nachstehet 5).

1) *Schneider* a. a. O. §. 72.

2) Als Mensch kann er dabey von der Wahrheit des Gegentheils überzeugt seyn.

3) Es versteht sich übrigens, dafs der Gestehende seinen Willen mit rechtlicher Wirkung zu erklären im Stande seyn müsse.

4) *Schneider* a. a. O. §. 77.

5) *v. Tevenar* Theorie der Beweise Leipz. und Magdeb. 1780. 8. S. 75 folg. Was das aussergerichtl. Geständnifs beweise, wenn es nicht in der Absicht, um dadurch Allen etwas kund zu thun, oder doch dem Gegentheile

Eingeständnisse mit nähern Bestimmungen, Bedingungen und Einschränkungen (confessiones qualificatae 1)), können nur dann den Gegner ganz von dem Beweise befreyen, wenn diese Einschränkungen u. s. w. wirklich volle Einräumung aller, die Bitte desselben bedingenden Facten voraussetzen, keineswegs aber, wenn sie, genau erwogen, einen, jene Bitte in irgend einer Hinsicht bedingenden Theil dieser Facten abläugnen 2).

Damit keine unnöthigen Beweisführungen das Verfahren aufhalten mögen, ist es übrigens gewiſs eine heilsame Verfügung der Gesetze, daſs sie den Parthieen auflegen, sich, in der zu ihrer Vertheidigung (nach §. 79.) ihnen aufzulegenden oder nachzulassenden Erklärung, zugleich über die von dem Gegner seiner Bitte zum Grund gelegten Thatsachen, 3) bestimmt zu äussern, durch welche Regel denn von selbst jedes Verfahren über ein rechtliches Verlangen der Parthie in das präparatorische und förmliche Beweisverfahren zerfallen kann.

einzuräumen, abgelegt wurde, hängt von den nähern Umständen ab und insbesondere davon, ob und in wie ferne sich ein Zweck nachzeigen lasse, zu welchem es, als Erdichtung, dienliches Mittel hätte seyn können.

1) Häufig versteht man unter dieser Bezeichnung etwas ganz Verschiedenes, nämlich: durch andre Beweise bestätigte Geständnisse.

2) *v. Tevenar* a. a. O. S. 81. 82. *Schneider* a. a. O. §. 94. 95.

3) Der Beklagte über die Facten der Klage, der Kläger über die Facten der Einrede u. s. w.

§. 82. b.

In wie fern bedürfen notorische Thatsachen eines Beweises.

Noch ist es eine gewöhnliche Behauptung, daſs notorische Thatsachen keines Beweises bedürften. In so ferne man unter diesen Thatsachen „solche groſse, zur allgemeinen Theilnehmung geeignete Staats- und Natur-Begebenheiten versteht, welche in die ältere oder neuere Zeitgeschichte unbestritten aufgenommen sind 1)"; ist dieses freylich auſser Zweifel. In so ferne man aber dabey solche Thatsachen denkt, „welche sich so öffentlich zugetragen haben, daſs sie an dem Orte, wo sie sich zutrugen, von jedem, welcher Zeuge seyn wollte, mit Zuverlässigkeit beobachtet werden konnten, und welche zugleich wichtig genug waren, um die Aufmerksamkeit vieler Menschen auf sich zu ziehen 2)«; — hat diese Behauptung keineswegs auf unbedingten Beyfall Anspruch. Abgesehen davon, daſs diese Notorietät, deren Namen nicht selten allgemeinen Gerüchten zu Theil wird, doch selbst eines Beweises bedürfte, wenn sie der Gegner bestreiten sollte, ist nicht zu vergessen, daſs die Wahrheit der Thatsachen dem Richter, als solchen, (in allen Instanzen) nicht etwa bloſs dem einzelnen Richter, welcher zugleich Ortsbewohner ist,

1) *Schneider* a. a. O. §. 6.

2) *Schneider* a. a. O.

erkennbar seyn müsse, und daſs daher immer wenigstens dafür zu sorgen sey, daſs ein Anerkenntniſs der Gegenparthie, oder eine von ihr nicht widersprochene gerichtliche Bezeugung der offenkundigen Wahrheit die Ueberzeugung des Ortsbewohners zu einer, aus den Acten zu schöpfenden Ueberzeugung erhebe 1).

§. 83.

Vollständiger, unvollständiger, halber, mehr und weniger als halber Beweis. Künstlicher, natürlicher Beweis.

Ist das Resultat des Beweises entweder völlige (die Möglichkeit des Gegentheils ausschliessende) Ueberzeugung, oder doch juristische Evidenz d. h. sind alle Kennzeichen, welche die Gesetze als Kennzeichen der Wahrheit, durch den geführten Beweis aufgefunden worden, so heiſst derselbe ein vollständiger Beweis (prob. plena); sind hingegen nur Gründe für die Wahrheit des zu Beweisenden, welche aber doch nicht völlige Ueberzeugung oder juristische Evidenz bewirken können (§. 81 *a.*) (gemeine Vermuthungen) beygebracht worden, so heiſst der Beweis ein unvollständiger (prob. minus plena). Der unvollständige Beweis hat, wie alle Wahrscheinlichkeit, nothwendig unendlich viele Abstufungen. Man sucht in dieser Reihe einen Ruhepunct für den Ueberblick zu finden, indem man in der Mitte der Leiter stehen bleibt und daher den unvollständigen Beweis in den halben, und mehr und minder als

1) Quod non est in actis, non est in mundo.

halben, (prob. semiplena, semiplena major et minor) eintheilt. Allein die Schwierigkeit, diesen Ruhepunct aufzufinden und die vielfachen unrichtigen Ansichten und Urtheile, welche man darüber, selbst der Zeugenbeweis 1) nicht ausgenommen, bey Theoretikern und Praktikern findet, machen diese Eintheilung des Beweises minder praktisch wichtig, als sie nothwendig ist, die Schriften der Juristen zu verstehen. Dem Geiste der römischen Gesetze gemäſser und eben darum von gröſsrer praktischen Wichtigkeit möchte die §. 81. *a.* angegebene Eintheilung der Vermuthungsgründe in solche seyn, welche eine nahe an juristische Gewiſsheit gränzende (dringende) Vermuthung begründen, und solche, aus welchen nur eine entfernte Vermuthung (wobey gewöhnlich noch von mehreren Seiten her ent-

1) Denn es ist eine sehr falsche Vorstellnng, wenn man in der Aussage eines classischen Zeugen einen unvollständigen Beweis zu finden glaubt, bey welchem gleich starke Zweifel dem zu beweisenden und dem entgegengesetzten, durch die Rechtsvermuthung bisher unterstützten Satz entgegenständen, was man gewöhnlich, obgleich freylich höchst unrichtig, als den Character der halben Beweise darstellt. Es ist die, durch einen classischen Zeugen bewiesene Zahlung des Darlehns gewiſs weit wahrscheinlicher, als die dieser Behauptung entgegenstehende negative Rechtsvermuthung. Und doch ist es der Zeugenbeweiſs, welchem die Eintheilung des Beweises in halben, mehr und weniger als halben ihren Ursprung verdankt. *Malblanc* doctr. de jure jurando §. LXXII. p. 275. 276.

gegenstehende Zweifel ungelöſst bleiben) herhorgeht, 1).

Die Frage: ob aus der Combination mehrerer Vermuthungen, auch da, wo nicht die Möglichkeit der Gegentheile als ausgeschlossen erscheint, vollständiger Beweis entstehen könne? wird sehr verschiedenartig beantwortet. Die bejahende Beantwortung ist allerdings nicht ohne Bedenklichkeit 2), weil dadurch dem Ermessen der Richter bey der Beweisbeurtheilung, dessen Beschränkung doch Zweck der die Merkmale vollen juridischen Beweises bestimmenden positiven Gesetze ist, ein groſser Spielraum gegeben werden würde. Man muſs aber auf der andern Seite bedenken, daſs ein gänzliches Aufheben des richterlichen Ermessens bey der Beweisbeurtheilung etwas Unmögliches sey, und daſs unsreGesetzgebung nirgends, selbst nicht einmal bey dem Zeugenbeweisse, die Aufhebung dieses Ermessens bezwecke. Unter dieser Voraussetzung dürfte man sich wohl geneigt fühlen, zwar als Regel aufzustellen, daſs die Richter, bey einer Concurrenz dringender Vermuthungen, von dem Erfüllungseide Gebrauch zu machen hätten, ihnen aber doch auch nicht alle Befugniſs zu nehmen, bey einer vorzüglich starken Concurrenz solcher Vermuthungen (bey indiciis indubitatis et luce clarioribus 3) den Beweis, auch ohne Eid, als erbracht anzusehen.

1) XII. 2. fr. 1. 31. IV. 1. Cod. c. 3. 12. *Malblanc* l. c. p. 275.

2) *Gönner* II. S. 345.

3) IV. 19. C. c. 25.

Man nennt den Beweis einen künstlichen, wenn durch den Beweis andrer Umstände, als des eigentlich zu beweisenden, auch dieser letztere wegen seiner entweder nothwendigen, oder mehr oder minder innigen Verbindung mit den ersteren, sich als wahr, oder wahrscheinlich hervorhebt. Natürlichen Beweis dagegen nennt man denjenigen, durch welchen von dem eigentlichen Beweissatze geradezu und unmittelbar die Ueberzeugung hergestellt wird, oder doch hergestellt werden soll.

§. 84.

Mittel zur Beweisführung.

a) *Augenschein.* b) *Gutachten der Kunstverständigen.*

Die erste Stelle unter den Mitteln zur Beweisführung gebührt der Besichtigung, oder dem Augenscheine d. h derjenigen Handlung des Richters, bey welcher er sich, durch eigene Anschauung sichtbarer Merkmale, sey es an Personen oder Sachen, von der Wahrheit einer Angabe zu überzeugen sucht und die aufgefundenen Merkmale für jeden Dritten erkennbar in den Acten darstellt.

Da, wo die sichtbaren Merkmale einer Sache zum Theile nur von dem Kennerauge richtig erkannt, oder nur durch Kennerhand richtig in den Acten dargestellt werden können, ist es nothwendig, daſs der Richter, bey welchem, die Rechtskenntniſs ausgenommen, nur gemeiner Menschensinn und gemeine Erfahrung vorausgesetzt wird 1), sein Auge oder seine

1) wenn er auch wirklich mehr leisten könnte.

Darstellung durch das Auge oder die Darstellung vereideter Sachverständigen unterstütze. Da, wo nur das Kennerauge alles, was von den sichtbaren Merkmalen eines Gegenstandes erkannt werden soll, zu erkennen vermag, ist nicht ein richterlicher Augenschein, sondern ein Hören der Kunstverständigen über ihre Wahrnehmungen an dem Gegenstande das Erforderliche und Eintretende.

Auſserdem sind aber auch die Sachverständigen nicht selten zur Unterstützung des Richters bey dem Urtheile über die wahrgenommenen Merkmale des Streitgegenstandes nothwendig. Dieses ist der Fall, so oft das, der Beurtheilung des rechtlichen Verhältnisses vorauszusetzende factische Verhältniſs nur vermittelst eines Schlusses, richtig erkannt werden kann, welcher mehr als gewöhnliche Kentnisse und Erfahrungen des gebildeten Mannes voraussetzt.

Das hier von Kunstverständigen, sey es nach eingenommenem Augenscheine, oder ohne denselben, nothwendig zu verlangende Kunstgutachten ist keineswegs als Zeugenaussage zu betrachten und die Kunstverständigen selbst können, in so ferne sie über die wahrgenommenen Gegenstände urtheilen, nicht nach ihrer entfernten Aehnlichkeit mit Zeugen, sondern müssen als Gehülfen des Richters (judices facti), in ihrem rechtlichen Verhältnisse zu diesem selbst und zu den Parthieen, beurtheilt werden. Dagegen sind die Kunstverständigen, in so ferne sie ihre Wahrnehmungen über die, nur von dem

Kennerauge richtig aufzufassenden Merkmale eines Gegenstandes bezeugen, allerdings als sachverständige (gelehrte) Zeugen zu betrachten, von welchen im allgemeinen alles gilt, was von Zeugen behauptet werden muſs 1). Der Unterschied urtheilender Sachverständigen von Zeugen ergiebt sich durch folgende Momente:

Sie werden nicht, wie Zeugen, willkührlich von einem Theile ernannt, sondern sind entweder von dem Staate zu diesem Geschäfte angesetzt, oder werden, durch eine Art von Compromiſs, von beyden Parthieen gewählt. Vereinigen sich die Parthieen nicht über die Wahl, so schlägt jede einen Sachverständigen vor, welchen von Gerichtswegen gewöhnlich noch einer beygefügt wird und dem vereinigten Urtheile dieser müssen sich die Parthieen unterwerfen.

Sie werden nicht, wie Zeugen, durch Verdachtsgründe nur minder glaubwürdig, sondern sie können aus diesen Gründen, gleich dem Richter verworfen werden.

Sie geben nicht, wie Zeugen, Rückerinnerungen an sinnliche Wahrnehmungen, sondern sie urtheilen über sinnliche Merkmale, und über die Richtigkeit dieses Urtheils gebührt (nach dem Grunde, welcher ihre Zuziehung nothwendig macht) dem Richter keines in höherer Instanz. Den Parthieen steht es aber allerdings frey, das Urtheil eines vom

1) *S. Meine* Grundsätze der Criminalrechtswissenschaft (2te Aufl.) §. 436. 466. und 513.

Staate angestellten Sachverständigen, gestützt auf ein Privat-Gutachten eines andern Sachverständigen, anzugreifen und das Urtheil über die Divergenz der Meinungen gebührt alsdann einem Collegium von Sachverständigen derselben Art, oder, wo dieses nicht möglich ist, einer compromisarisch von den Parthieen gewählten Verbindung mehrerer Sachverständigen. Waren dagegen die Sachverständigen schon gleich Anfangs compromissarisch bestimmt, so sollte ein Angriff gegen ihr Urtheil nur in so ferne erlaubt seyn, als man einen solchen überhaupt gegen compromissarische Urtheile gestattet.

Bey ihnen endlich wirkt die Verschiedenheit in den Resultaten ihres Urtheils nicht eben so, wie bey Zeugen der Widerspruch in den Aussagen, sondern es muſs hier, wenn man nicht, wie bey Schätzern 1), die in der Mitte zwischen den verschiedenen Angaben liegende Bestimmung treffen, oder durch die Unterwerfung der verschiedenen Ansichten unter das Urtheil eines mit gröſserem Zutrauen versehenen Collegiums von Sachverständigen Einheit herbeyführen kann, dasjenige, worin die Meinungen abweichen, von dem Richter bey seinem Urtheile als zweifelhaft zum Grund gelegt, und daher nur dasjenige, worin die Sachverständigen übereinstimmen, als gewiſs angenommen werden.

Zwischen den Sachverständigen, welche gebraucht werden, um ihre Wahrnehmungen

1) Von den Schätzern.

über die Merkmale bestimmter Gegenstände zu bekunden, und den gewöhnlichen Zeugen ist dagegen, was die Bestimmung ihrer Glaubwürdigkeit und die Brauchbarkeit ihrer Aussagen betrifft, kein Unterschied, selbst wenn auch dieselben Sachverständigen zugleich dazu gebraucht würden, um über die gemachten Wahrnehmungen, nach den Regeln ihrer Kunst, zu urtheilen. Wenn daher auch das Urtheil dieser Sachverständigen, nach den vorhin entwikkelten Grundsätzen, angegriffen und vernichtet werden könnte, so würden ihr die Aussagen derselben über ihre Wahrnehmungen, in so ferne ihre Glaubwürdigkeit nicht angegriffen werden kann, dadurch nicht im entferntesten leiden und sie werden ihre Brauchbarkeit zur Bezeugung des Wahrgenommenen selbst nicht dadurch verlieren können, daſs der Richter bey dem Augenscheine, bey welchem er sie zuzog, nicht verfuhr, ein Grundsatz, welcher in Fällen, wo der Gegenstand des Augenscheins nachher verschwunden ist, oder Veränderungen erlitten hat, von der gröſsten Wichtigkeit ist.

Allerdings unterscheidet sie indessen der Umstand einigermaſsen von den gewöhnlichen Zeugen, daſs, in so ferne der Gegenstand, dessen Merkmale bezeugt werden sollen, noch zu den erscheinenden gehört, es bey ihnen von der Willkühr abhängt, sich die brauchbarsten Zeugen zu schaffen, und daſs man aus diesem Grunde jeden Verdachtsgrund gegen sie als Verwerfungsgrund behandelt. Auch entwickelt sich daraus sehr häufig ein

bedeutender Unterschied, daſs man in vielen Landen gewisse Sachverständige, zu dem Gebrauche bey den Gerichten auch für die nothwendigen Bezeugungen öffentlich angestellt hat und es hierbey mitunter die Eigenthümlichkeit eingeführt hat, daſs auch den Bezeugungen eines einzelnen dieser Art Sachverständigen der volle Glauben nicht abgesprochen werden solle, welchen sonst nur die übereinstimmenden Aussagen mehrerer Zeugen für sich in Anspruch nehmen können.

§. 85.

c.) *Zeugenaussagen.*

Ein ferneres Mittel, die Wahrheit einer Angabe zu beweisen, besteht darin, daſs unpartheiische Dritte, das Angegebene, als auch von ihnen selbst durch sinnliche Wahrnehmung bemerkt, bekunden. Die Kraft einer solchen Aussage, als Beweismittels, hängt theils davon ab, ob der Aussagende wirklich richtig wahrgenommen habe, und nicht etwa durch seine Sinne getäuscht worden sey, theils davon, ob er überhaupt eine richtige Wahrnehmung machen konnte, und ob er den Willen habe, die gemachte Wahrnehmung unverfälscht mitzutheilen. Ein Zeuge, welcher, entweder überhaupt, oder doch in einer bestimmten Sache, keine richtige Wahrnehmung machen kann, oder von welchem, im Allgemeinen, oder nach den Gesetzen anzunehmen ist, daſs er, entweder überhaupt oder doch in einer bestimmten Sache, seine Wahrnehmung

nicht unverfälscht mittheilen werde, ist ein völlig unglaubwürdiger oder unfähiger Zeuge (testis inhabilis l'absolute l'secundum quid talis). Ein Zeuge, von welchem es zweifelhaft ist, ob er seine Wahrnehmung unverfälscht mittheilen könne oder wolle, ist ein verdächtiger Zeuge (testis suspectus). Ein Zeuge, welchem in keiner dieser beyden Rücksichten ein Zweifel entgegensteht, ist ein völlig glaubwürdiger Zeuge (testis classicus s. omni exceptione major).

§. 86.

Fortsetzung. Unglaubwürdige Zeugen. Verdächtige.

Zu den völlig unglaubwürdigen Zeugen gehören daher *a* diejenigen, welche von den zu Wahrnehmungen nothwendigen sinnlichen Organen entweder überhaupt, oder doch von den, zu der bestimmten Wahrnehmung, wovon die Rede ist, erforderlichen keinen richtigen Gebrauch machen können 1). *b.* Diejenigen, welche, sey es Altershalben oder aus andern Gründen, nicht die empfangenen Sinneneindrücke richtig aufzufassen vermögen 2). *c.* Die-

1) L. 17. fr. 40.

2) XXII. 5. fr. 3. §. 5. fr 19 §. 1. Die Gesetze bestimmen in Ansehung des frühen Alters im Allgemeinen die Mündigkeit als den Zeitpunct, von welchem an ein Mensch unter die glaubwürdigen Zeugen solle gezählt werden können

Von den Depositionen eines Mündigen über Vorfälle, welche er als Unmündiger wahrgenommen hatte.

Meineidige, Ehrlose 1), oder wegen eines schweren peinlichen, von niederträchtiger Gesinnung zeugenden Verbrechens 2) sich des bürgerlichen Glaubens unwürdig gemacht haben, oder *d.* welche dadurch, daſs sie Bestechungen angenommen haben, oder sich selbst widersprechen, beweisen, daſs, lautere Wahrheit auszusagen, nicht ihr Zweck sey 3). *e.* Diejenigen, welche keine Notiz von der Sache haben können. *f.* Diejenigen, welche nicht Dritte, sondern im Grunde selbst Parthie sind (testes in propria causa).

Zu den verdächtigen Zeugen dagegen gehören *a.* diejenigen, von welchen es zweifelhaftist, ob sie richtig wahrnehmen konnten z. B. etwas Betrunkene; *b.* diejenigen, deren Glaubhaftigkeit zweifelhaft ist. Hierher gehören α) diejenigen, deren Lebensart und öffentlich geäusserte Grundsätze ihnen wahre Verächtlichkeit (infamiam facti) zugezogen haben, β) diejenigen, welche eigentlich peinliche, wenn gleich nicht von Niederträchtigkeit der Gesinnung zeugende Verbrechen begangen haben, γ) alle diejenigen, von welchen man, wegen ihres Verhältnisses zu einer der Parthieen, oder aus irgend einem andern Grunde, annehmen könnte, daſs sie ein Interesse dabey hätten, auf eine bestimmte Art auszusagen. Man rechnet dahin diejenigen, welche irgend einen Vortheil oder Nachtheil von ihrer Aussage zu erwarten haben 4), wel-

1) XXII. 5. fr. 2. 3. §. 5. fr. 18. etc.
2) *Schneider* a. a. O. §. 114 folg.
3) XXII. 5 fr. 3. §. 5. fr. 16.
4) XXII. 5. fr. 3. pr. fr. 10.

che mit einer der Parthieen in dem Verhältnisse der innigen Freundschaft, der nahen Verwandtschaft, oder Verschwägerung, der Dienstabhängigkeit 1) u. d. gl. stehen, Feinde der einen Parthie 2) u. s. w. —

Die unglaubwürdigen Zeugen sind gar nicht als Zeugen zu betrachten, und dürfen daher, wenn man vor der Abhörung den Grund ihrer Unfähigkeit weiſs, nicht abgehört werden. Die verdächtigen Zeugen hingegen können nicht nur den Character der vollen Glaubwürdigkeit erlangen, sobald die Parthie, welche Ursache hätte, ihre Glaubwürdigkeit zu bezweifeln, dieses nicht thut, (indem sie entweder nichts gegen sie einwendet, oder sie gar selbst als Zeugen aufführt,) sondern sie müssen auch, der Einwendungen der hierzu berechtigten Parthie ungeachtet, dennoch abgehört werden, in welchem Falle aber ihre Aussage nicht die nämliche Kraft hat, wie die eines klassischen Zeugen 3).

1) XXII. 5. fr 9. C. IV. 20. const. 3.

2) XXII. 5 fr. 3. pr. Nov. 90. c. 7. Diffamanten sind, als mittelbar Zeugen in eigener Sache, ganz unzulässig. Zeugen von Hörensagen und Dafürhalten sind zwar nicht verdächtig, allein der Inhalt ihrer Aussage kann freylich für sich wenig, oder vielmehr gar nichts beweisen, wenn nicht gerade das Hörensagen das Beweisthema bildet Nov. 90. c. 2, c. 15. C. 3. qu. 9. c. 47. X. de test. (II. 20)

3) XXII. 5. fr. 3. § 1. 2. fr. 21. § 3.

Anm. Welche Bürger können nicht zum Zeugniſsablegen gezwungen werden? XXII. 5. fr. 4 et 5 fr. 25. C. IV. 20. const. 6. I. 31. X. c. 2.

§. 87.

Fortsetzung. Volständiger, unvollständiger Zeugenbeweis.

Wenn auch kein Zweifel gegen die Glaubwürdigkeit des Zeugen aufgeworfen wird, oder aufgeworfen werden kann, wenn auch selbst für die Erhöhung dieser Glaubwürdigkeit dadurch gesorgt wird, dafs der Zeuge vor Gericht und eidlich abgehört werden mufs 1), so bleibt doch bey der Aussage eines klassischen Zeugen immer noch der Zweifel übrig; ob ihn seine Sinne nicht getäuscht haben. Dieser Zweifel wird entfernt, wenn ein oder mehrere andere klassische Zeugen gerade dasselbe auch als ihre Wahrnehmungen angeben. Deswegen erfordern die Gesetze die übereinstimmende, völlig gleiche Aussage wenigstens zweyer klassischen Zeugen, wenn das, was sie aussagen, als volle juristische Gewifsheit betrachtet werden soll 2). Die Aussage eines klassischen Zeugen würde aber immer einen nahe an Gewifsheit gränzenden Beweifs begründen. Nimmt man überhaupt an, dafs der Richter aus combinirten Vermuthungen einen vollen Beweis nicht construiren könne, so kann auch aus der Verbindung der Aussagen verdächtiger Zeugen ein voller Beweis nicht entstehen und eben so wenig aus der Verbindung mehrerer klassischen

1) testi injurato haud creditur IV. 20. C. 2. 9. 16. 18. Geistliche machen hier keine Ausnahme II. 20. X. c. 51. Auch der Adel kann nicht vom Eide befreyen, wohl aber Fürsten- und Regentenwort.

2) C. IV. 20 const. 9.

singulärer Zeugen, obgleich durch diese Verbindung, wenn der von dem einen Zeugen bekundete Umstand Vermuthungsgrund für den von einem andern ausgesagten ist (singularitas adminiculativa), ein sehr hoher Grad von Wahrscheinlichkeit begründet wird. Nimmt man aber an, daſs der Richter, bey einem Zusammenflusse sehr dringender Vermuthungen, überhaupt befugt sey, einen geführten Beweis als vollständig zu betrachten (§. 83), so muſs ihm auch hier dieselbe Befugniſs zustehen, von welcher er dann vorzüglich bey der bezeichneten Art der Singularität der Zeugen wird Gebrauch machen können.

§. 88.

d) *Urkunden.*

Unter Urkunden (documenta) versteht man schriftliche Aufsätze über irgend einen Gegenstand, in so ferne dieselben zur Ausfindigmachung der Wahrheit bey Rechtsstreitigkeiten gebraucht werden können. Alle Urkunden sind entweder schriftliche Verzeichnungen eines Geschäftes selbst, welche in der Absicht verfertigt wurden, damit das Geschäft seine Gültigkeit erhalten, oder doch dadurch erwiesen werden sollte, z. B. Testamente, Contracte u. s. w., oder sie enthalten eine Erklärung der einen Parthie, daſs sich etwas auf die angegebene Art verhalte, oder endlich die Erklärung von Dritten über eine von ihnen gemachte Wahrnehmung. Nach diesen Verschiedenheiten muſs die Beweiſskraft der Urkunden

beurtheilt werden. In dem letzten Falle nämlich kann die Beweiskraft der Urkunde die Bekraft eines Zeugnisses nicht überschreiten, mithin wird durch sie, da dieses Zeugniſs nur ein aussergerichtliches, unbeschwornes seyn kann, nur eine entfernte Vermuthung begründet, wenn nicht der Fertiger der Urkunde gesetzlich dazu auctorisirt war, daſs seine Erklärungen über die Wahrheit einer Begebenheit oder eines Verhältnisses öffentlichen Glauben haben sollen Im zweyten Falle kann die schriftliche Behauptung nur die Kraft eines Geständnisses haben, und mithin nie einen von dem Gegentheile nicht behaupteten Umstand weder vollständig noch unvollständig beweisen, es sey denn, daſs der Wille der Gegenparthie und die Gesetze in bestimmten Fällen diesen Behauptungen eine Art von Beweiskraft zugeständen, wie bey Handelsbüchern und Bemerkungen der Eltern über Familiengeschäfte mit den Kindern. Im ersten Falle endlich ist es ausser Zweifel, daſs durch solche Urkunden die Existenz des darin documentirten Geschäfts vollkommen bewiesen werden könne.

§. 89.

Oeffentliche, Privaturkunden. Beweis der Authenticität.

Die Beweiskraft, welche aus dem Inhalte einer Urkunde abzuleiten möglich ist, hängt jedoch immer von der Voraussetzung ab, daſs derjenige die Urkunde wirklich verfaſst habe, welcher als der Verfasser derselben angegeben wird. Darum ist es nöthig, daſs diese Autor-

schaft, entweder ausdrücklich oder stillschweigend 1), anerkannt, oder, wenn dieses nicht geschieht, auf andere Art bewiesen werde. Jedes Beweismittel, wodurch überhaupt Beweis gewirkt werden kann, kann auch zur Herstellung des Beweises der Autorschaft gebraucht werden, jedoch hat die Schriftenvergleichung durch Kunstverständige 2), auch wenn die Kunstverständige zwischen der izt gebrauchten und einer ganz unstreitig von dem augeblichen Auctor derselben ausgestellten Urkunde vollkommene Gleichheit der Hände anerkennen, nicht die Wirkung, daſs dieses Urtheil, als juridische Gewiſsheit wirkend, zum Grunde gelegt würde, sondern es entspringt daraus nur eine dringende, durch den Eid noch zu erfüllende (§. 94.) Vermuthung 3). Wird

1) z. B. wenn der, gegen welchen die Urkunde dienen soll, keine Einwendungen gegen dieselben macht, oder sie gar selbst gebraucht hat.

2) Nicht durch Zeugen. Recognitio documenti per testes, als verschieden von der probatio veritatis documenti per testes, ist ein Unding.

3) Nov. 49. c. 2. Nov. 73. c. 7. *J. S. A. Büchner* de probatione per literarum comparationem. Gött. 1779. Ist nicht die volle Aehnlichkeit von den Kunstverständigen behauptet worden, so muſs der andere Theil zur Reinigung den Diffessionseid schwören, der mithin bald ein nothwendiger bald ein zugeschobener Eid seyn kann. Manche halten indessen den Diffessionseid für eine Art des Eides für Gefährde. Bey Anerkennung der Unterschrift ist das Abläugnen des Inhalts ohne Wirkung, man müſste beweisen können, daſs die Unterschrift betrügerisch zur Billigung eines nicht gewollten Inhalts miſsbraucht worden sey.

kein anderer Beweis der Aechtheit der Urkunde geführt, so nimmt man, dem Gerichtsgebrauche zur Folge, an, daſs alsdann hierüber stillschweigend der Eid zugeschoben worden sey (juramentum diffessionis), dessen Abschwörung denn natürlich alle Brauchbarkeit der Urkunden vernichten muſs.

Bey allen öffentlichen Urkunden dagegen (d. h. bey solchen, welche von jemand ausgestellt sind, der dazu auctorisirt ist, den von ihm, oder in seinem Beyseyn vollzogenen Schriften einen öffentlichen Glauben beyzulegen) bedarf es dieses Beweises der Authenticität nicht, wenn ihnen nämlich nicht die gewöhnliche Form der öffentlichen Urkunden abgeht. Zu diesen öffentlichen Urkunden werden auch die Notariatsinstrumente gerechnet, von drey männlichen Zeugen unterschriebene hingegen (instr. quasi publica) haben, wenn ihnen gleich sonst durch die Gesetze die Kraft öffentlicher Urkunden in Ansehung des zu machenden Gebrauchs, zugeschrieben wird 1), doch in Ansehung des Beweises der Authenticität

Ueberhaupt vergl. die letzte Abhandlung im 2ten Bande des *Gönner*schen Handb.

1) C. VIII. 18 const. 11.

Urkunden, welche sich auf andre beziehen, beweisen für sich, wenn sie nicht den Inhalt derjenigen, auf welche sie sich beziehen, enthalten, nichts für die Sache. Enthalten sie diesen, so kömmt es, auſser dem, was sie selbst für ihren Inhalt beweisen, darauf an, was, nach §. 88., die Urkunde, auf welche sie sich beziehen, beweisen konnte.

keinen Vorzug vor anderen, von zwey gültigen Zeugen unterschriebenen und anerkannten Urkunden, indem nur durch diese Anerkennung ein voller Beweis der Auctorschaft geliefert und mithin die Anerkennung oder Abläugnung des Verfassers selbst überflüssig gemacht wird.

§. 90.

c) *Eide. Freywillige, nothwendige Eide.*

Der Eid ist eine Versicherung (promissio, l'assertum), welche, indem man die Reflexion des Versichernden auf seine Pflicht (Gottes Gebote) zu fesseln sucht, auf eine Art gegeben wird, daſs man mit gröſserer Sicherheit erwarten kann, in dem Zutrauen auf die Moralität des Versichernden nicht getäuscht zu werden 1).

Vidimirte (oder fidemirte) Abschriften sind zwar in Ansehung des Inhaltes dem Originale gleich, ob aber das Original ächt seye, kann an ihnen nicht erkannt werden. Nicht vidimirte können selbst für die Uebereinstimmung mit dem Inhalte des Originals nicht Glauben fordern, sondern höchstens durch ihr Alter nur diese Uebereinstimmung wahrscheinlich machen.

Von der Vermuthung der Aechtheit der Archival-Urkunden und der Beweiskraft in Archiven befindlicher Copialbücher. Nov. 49 c. 2. *Leyser* sp. 266. *Layritz* obs. de auctoritate diplomatum ex archivo desumtorum. Alt. 1796.

1) Ueber den Eid, von Justus von *Schmidt* genannt Phiseldeck. Helmstädt 1798. *J. E. Chr. Schmidt* Gedanken über den Eid, nebst einem Nachtrage von mir in meinem Magazin für die Philosophie des Rechts und der

Da ein jeder Theil, vermöge seiner Befugnifs, über das Seinige nach Belieben zu verfügen, auch unbestreitbar die Ableistung eines bestimmten Eides von der andern Seite zur Bedingung für die vertragsmäfsige Beendigung eines Rechtsstreits machen kann, so kann darüber, dafs der von der einen Seite zugeschobene und von der andern angenommene und abgeschworene Eid, als ein mögliches Vergleichsmittel bey einem, gleichviel ob schon anhängigen oder noch nicht anhängigen Rechtsstreite betrachtet werden müsse, kein Zweifel seyn.

Dagegen würde nicht von selbst folgen, dafs der Eid dem Richter über ein bestrittenes Factum juridisch vollständigen Beweis verschaffen könne, und man würde das Recht des Beweisführers, den Gegner zum Eide über ein zu beweisendes Factum wenigstens mittelbar zu nöthigen, allerdings bezweifeln müssen, wenn nicht unsre positiven Gesetze, aus Gründen, deren entscheidendes Gewicht sich, wenigstens im Allgemeinen, nicht verkennen läfst, den Eid als Beweismittel aufgenommen und nicht nur dem Beweisführer das Recht, durch Eideszuschiebung (juramentum judiciale voluntarium s. delatum) Beweis zu führen, sondern auch für den Richter die Verbindlichkeit, den vorhanden seyenden unvollständigen Beweis durch Eidesauflegung (juramentum necessarium) zu ergänzen oder zu entfernen, ja

Gesetzgebung. 1. B. 2. H. n. 3. et 4. *Malblanc* doctr. de jure jurando. 1781. *J. L. F. Meister*, über den Eid nach reinen Vernunftbegriffen. 1810.

mitunter sogar eidliche Bestärkungen der Forderungen, statt Beweises, zuzulassen (*juramentum in litem*, Würderungseid), begründet hätten 1).

§. 91.

Freywilliger Eid. Natur desselben als Beweismittels.

Ursprünglich war wohl der, sey es in oder ausser Gericht, von dem einen Theile dem andern zugeschobene Eid (juramentum judiciale et extrajudiciale) bloſses Vergleichsmittel. Bald aber verknüpfte sich mit dem judiciellen Eide die Vorstellung von einem Beweismittel und diese Vorstellung befestigte sich, zumal nach Einführung der nothwendigen Beweiseide, immer mehr, so daſs der judicielle Eid, obgleich in Hinsicht seines Grundes immer eine Aehnlichkeit mit einem Vergleiche beybehielte, doch in Hinsicht seines Zweckes fast ganz auf eine der Natur eines Beweismittels entsprechende Art ausgebildet wurde.

Hieraus bestimmt sich izt einzig die Begriffsverschiedenheit zwischen dem gerichtlichen (processualischen) und auſsergerichtlichen Eide. Dieser ist nämlich (da auch in dem Gerichte Vergleichsvorschläge gemacht werden können) der, zum Zwecke einer vergleichsmässigen Lösung des Rechtsstreites, jener hingegen der, zum Zwecke

1) Hier ist nur von dem Eide als Beweismittel fur den Richter (juramentum litis decisorium) die Rede, nicht von den sonstigen processualischen, gröſstentheils unnützen Formaltätseiden, dem juramento calumniae und seinen Unterarten und eben so wenig von dem Eide der Zeugen und Kunstverständigen.

eines dem Richter zu führenden Beweises, von dem einen Theile dem andern 1) zugeschobene Eid.

Da der außergerichtliche Eid, sobald der durch ihn bezweckte Vergleich zu Stande kömmt, alles processualische Verfahren aufhebt 2) so ist hier nur der gerichtliche der Gegenstand einer näheren Betrachtung.

Dieser hat, dem Gesagten zur Folge, I. in Hinsicht seines Entstehungsgrundes allerdings etwas Vergleichsähnliches an sich. Darum können *a.* nur diejenigen, welche einen Vergleich schließen können und nur unter den Bedingungen, unter welchen sie dieses können, einen Eid deferiren 3); darum können *b*) nur über solche Sachen, welche durch einen Vergleich der Interessenten rechtlich geschlichtet werden dürfen, Eide deferirt werden 4), mithin

1) Dritten kann kein Eid zum Beweise deferirt werden, wohl aber solchen, welche, wenn sie auch nicht persönlich in dem Processe als Gegenparthie erscheinen, doch juristisch als eine Person mit der Gegenparthie betrachtet werden müssen. Die Römer ließen zwar auch Curatoren und Tutoren zum Eide für den Pupillen und Curanden zu, allein aus einem Grunde, welcher heutzutags nicht mehr Statt findet. Heutzutags können Curatoren und Tutoren nur zum gerichtl. Eide gelangen, wenn sie für, oder mit ihren Curanden, oder Pupillen handelten.

2) Ueber den außergerichtlichen Eid vergl. *Zirkler* in *meinem* Magazine I. IV. n. 11. Von dem Verhalten des Richters, wenn in einem anhängigen Processe ein Theil dem andern einen solchen Eid deferirt.

3) XII. 2. D. fr. 9 §. 4. fr. 17. 18. 19.

4) ib. fr. 9. §. 7. fr. 10.

keineswegs zur Auflöſsung des ehelichen Bandes 1) und obgleich in so ferne allerdings eine kleine Abweichung von der Natur eines Vergleichs Statt findet, daſs derjenige, welchem der Eid deferirt worden ist, denselben nicht nach Willkühr annehmen oder ausschlagen kann, so liegt dagegen doch etwas Vergleichartiges darin, daſs die Gesetze *c.* den Delaten nicht unbedingt zur Annahme verbinden, sondern ihm zwischen dieser Annahme, der Zurückshiebung des zugeschobenen Eides 2) und einer entgegengesetzten Beweisführung (Gewissensvertretung durch Beweis, probatio pro exoneranda conscientia 3)) die Wahl gestatten und es ist Folge dieser Vergleichsähnlichkeit, wenn *d.* nach der geschehenen Wahl keine weitere gestattet 4), auch *e.* dem Deferenten, dem zurückgeschobenen Eide durch

1) II. 24. X. c. 34. II. 27. X. c. 7. *Malblanc* §. XLVI. ibid. citt. Dagegen *Meister* pract. Bemerk. II. B. J. *Martin* §. 213.

2) Manifestae turpitudinis et confessionis est, nolle nec jurare, nec juramentum referre" XXII. 2. D. fr. 38. Doch muſs der Deferent überhaupt, und für den Richter beweisend (§. 92.) schwören können. II. 24. X. c. 36.

3) Daſs diese den Römern nicht unbekannt gewesen sey, sucht *Malblanc* a. a. O S. 207. sqq. zu erweisen. Das Gegentheil behauptet *Koch* pr. de probatione pro exoneranda conscientia in foro romano ignota.

3) *Malblanc* S. 200. 206. Doch giebt man demjenigen, welcher die Gewissensvertretung durch Beweis vergeblich gewählt hatte, eine nochmalige Wahl zwischen Annahme und Zurückschiebung. *Malblanc* §. LVIII.

andere Beweisführungen sich zu entziehen, nicht zugegeben wird 1).

§. 92.

Fortsetzung.

Dagegen wird II. der gerichtliche Eid, in Hinsicht auf seinen Zweck, auch dadurch, daſs er dem Richter **beweisen** soll, bestimmt. Es folgt hieraus *a.* daſs von dem Eide nur dann Gebrauch gemacht werden könne, wenn es möglich ist, daſs, unter der Voraussetzung, in dem Zutrauen auf die Moralität des Schwörenden nicht getäuscht zu werden, durch den Eid die Wahrheit ausgemittelt werden kann. Der Eid kann darum nicht über Umstände deferirt werden, deren Wahrheit nichts für den Beweissatz erweiſst 2), wenn nicht die beweisführende Parthie ihren ganzen Beweis von dieser Wahrheit abhängig machen will, in welchem Falle es aber nicht mehr gerichtlicher, sondern aussergerichtlicher Eid, zum Zwecke eines Vergleiches, seyn würde, welchen der Richter nur, wie jeden Vergleichsvorschlag, zu behandeln und zu befördern hat. Darum hat eine Eidesdelation nur über Thatsachen, nicht über Urtheile aus Thatsachen Statt, welche, ihrer Natur nach, nur durch die Stärke ihrer Gründe, nicht durch die eidliche Bestärkung des Glaubens einer Parthie für den Richter Werth erhalten können 3). Darum endlich

1) Ebendas. und *Danz* §. 379.
2) II. 24. X. c. 26.
3) Ueber die Anwendung hiervon auf den Beweis eines Gewohnheitsrechtes, ist zur Berichtigung *Pufendorfs* und *Claproths*, *Malblanc* l. c. p. 137. zu vergleichen.

kann kein Eid über Puncte deferirt werden, von welchen derjenige, dem der Eid zugeschoben wird, nichts mit Gewifsheit wissen konnte 1), (fremde Facten), es sey denn, dafs der Deferent von dem blofsen Glauben desjenigen, welchem der Eid deferirt wird, sein Recht abhängig machen wolle (juramentum de credulitate) 2), in welchem Falle aber dieser Eid nur als ein aussergerichtlicher zu behandeln seyn würde.

Es ist ferner *b.* Folge aus jenem Grundsatze, dafs derjenige, welcher seinen Beweissatz schon erwiesen hat, den über das directe Gegentheil ihm deferirten Eid nicht auszuschwören brauche, 3) und dafs *c.* dem Richter das Recht, die Formel des deferirten Eides nach dem Thema des dadurch zu ersetzenden Beweises zu modificiren, beygelegt werden müsse 4). Vielleicht könnte *d.* hierher auch die Befugnifs des Deferenten, den schon ange-

1) *Malblanc* l. c. pag. 134. *Wernher* P. III obs. 54. Daher kann Vormündern und Curatoren nur über ihre eigenen Handlungen der Eid deferirt werden, darum können von Gemeinheiten nur diejenigen schwören, welche durch ihre Gegenwart Notiz von der Handlung haben konnten, gegen die übrigen, wenn sie gewählt werden sollten, kann man sich darum der Einrede der Unfähigkeit bedienen.

2) vergl. §. 94.

3) II. 19. X. c. 2.

4) XII. 2. D. fr. 34. §. 8. Auch giebt diese Modification demjenigen, welcher den deferirten Eid einmal angenommen hat, kein Recht von seiner Annahme wieder abzugehen. Ueberhaupt siehe die treffliche Abhandlung *Gönners* I. n. 20.

nommenen Eid, so lange er noch nicht abgeschworen worden ist, zurückzunehmen, und an dessen Stelle neu aufgefundenen, oder doch noch nicht rechtlich angeschlossenen anderen Beweis zu setzen 1), gerechnet werden, obgleich wahrscheinlich diese Justinianeische, von dem älteren Rechte 2) ganz abweichende Verordnung, nach der Denkungsart ihres Urhebers, aus einem andern Motive hervorgegangen seyn dürfte.

Auch in Hinsicht der Folge des abgeschworenen Eides, zeigt sich, nach dem neueren Rechte, die Wirksamkeit des Grundsatzes, daſs der gerichtliche Eid Beweismittel ist, wovon §. 95.

§. 93.

Nothwendige Eide. Erfüllungs-Reinigungs-Eid.

Wenn durch den geführten Beweis eine dringende Vermuthung für den Beweissatz begründet worden ist, oder doch eine solche für diesen, auch ohne Beweisführungen, streitet, so ist es schon den römischen Gesetzen gemäſs 3), daſs der Richter sich den noch vorhandenen Zweifel dadurch zu entfernen suche, daſs er noch von dem Beweisführer eine eidliche Erhärtung seines Beweissatzes verlangt,

1) C. IV. 1. const. 11. et 12. Zu dem einmal zurückgenommenen Eide kann aber der Deferent nie wieder seine Zuflucht nehmen. *Malblanc* S. 198 sqq.

2) II. 4. Cod. c. 16. 39.

3) XII. 2. D. fr. 31. C. IV. 1. const. 3. et 12. §. 1.

wodurch denn der geführte unvollständige Beweis ergänzt wird. Ein solcher Eid führt daher schicklich den Namen des Ergänzungseides (juramenti supletorii). Ist hingegen durch den geführten Beweis nur eine entfernte, jedoch nicht ganz schwache Vermuthung begründet worden, oder kann der, welcher eine dringende Vermuthung für seinen Beweissatz begründet hat, nicht zur Ableistung des Ergänzungseides, aus besonderen Gründen, zugelassen werden, so ist es einem, aus dem Mittelalter abgeleiteten Gebrauche gemäfs 1), von dem, gegen welchen bewiesen wurde, zu verlangen, dafs er sich von dem gegen ihn streitenden Verdachte eidlich reinige. Diesen Eid nennt man daher den Reinigungseid (juramentum purgatorum).

Diese nothwendigen Eide können nur in denselben Fällen Statt finden, in welchen eine Eideszuschiebung als Beweismittel (§. 92.) möglich ist, und sie sind durchaus subsidiarische Beweismittel. Ihre Ableistung kann daher nur dann durch die Gewissensvertretung mit Beweis verhindert werden, wenn noch andre Beweismittel übrig sind, welche nicht für übergangen geachtet werden können, weil sie entweder neu aufgefunden worden sind, oder weil ihr Gebrauch an keine bestimmte Frist gebunden ist, oder endlich weil noch keine bestimmte Beweisfrist verstrichen ist.

Uebrigens bringt es die Natur eines nothwendigen Eides mit sich, dafs bey ihm nicht von einer Zurückschiebung die Rede seyn könne.

1) *Malblanc* l. c. L. IV. c. IV. §. CVIII. sqq.

§ 94. a.

Würderungseid.

Der eigentliche Würderungseid (juramentum in litem affectionis) entsteht aus der Befugniſs, welche die Gesetze demjenigen, der durch dolose 1) Nichterfüllung der Verbindlichkeit zur Zurückgabe oder Exhibition in Schaden gekommen ist, ertheilen, mit Erlaubniſs des Richters, eidlich den Werth zu bestimmen, unter welchem er, nach seiner Würdigung den Gegenstand nicht verkauft haben würde. Die richterliche Bestimmung eines Maximums für die eidliche Würderung, oder die richterliche Reduction eines ins Lächerliche fallenden Uebermaaſses der beschwornen Schätzung sichern dabey gegen gränzenlose Willkühr. Beweise des wahren Werths des Schätzungsgegenstands können aber weder gefordert, noch von Seiten des Beschädigers zugelassen werden 2).

1) XII. 3. *D.* fr. 2. §. 1. fr. 4. §. 4. fr. 5. §. 3. V 53. *Cod.* c. 2. — VI. 1. D. fr. 68. — XII. 3 D. fr. 5. pr. XIII. 6 D. fr. 3. §. 2. — XXVI. 7. D fr. 7. pr. — IV. 3. D. fr. 18. pr. — X. 4 D. fr. 3. §. 2. fr. 5. §. 2. IV. 6. Inst. §. 31. — V. 3. D. fr. 20 §. 21. VIII. 5. D. fr. 7. XX. 1. D. fr. 16. §. 3. — XXV. 2. D. fr. 8. §. 1. fr. 9. 10. u. a.

2) Vergl. die Titel der Pandekten und des Codex: de in litem iurando. *Weber* über die Verb. z. Beweisf. S. 345. folg. *Martin* §. 221. Das iuramentum Zenonianum (L. 9. C. unde vi) ist eine ausgezeichnete Art des iuramenti in litem. Daſs übrigens auch hier culpa lata dem dolus gleichstehe, ist der allgemeinen Regel entsprechend.

§. 94. b.

Verschiedene Benennungen zugeschobener oder nothwendiger Eide.

Manche zugeschobene, oder nothwendige Eide haben nach ihrem Inhalte eigenthümliche Benennungen erhalten.

So ist das sogenannte juramentum in litem veritatis, das juramentum quantitatis, 1). u. s. w. nichts weiter, als eine Art des Erfüllungseides, welcher, bey dem Mangel andrer Beweise durch die, häufig aus der Natur der Sache fliefsende gröfsere Zutrauenswürdigkeit des Klägers gerechtfertigt, nicht selten auch durch des Beklagten eigene Schuld nothwendig wird 2). So ist der Perhorrescenzeid, seiner ursprünglichen Natur nach, nur eine Art des Erfüllungseides (§. 32), so der Diffessionseid bald eine Art des zugeschobenen, bald eine Art des nothwendigen Eides 3). Eben so ist es mit dem Editions- dem Manifestationseide u. s. w. 4). Von ihnen mufs daher alles gelten, was von der Gattung, zu welcher sie gehören, gilt.

Dafs die Eintheilung des Eides in den über eigenes Wissen (de veritate) und den über Nichtwissen (de ignorantia) keine generische Verschiedenheit andeute, ist einleuchtend, dafs es aber auch Beweiseide geben könne,

1) Dieser hat aber keineswegs Statt, wenn der Schuldner bestimmt einen Theil der Schuld aus eignem Wissen ableugnet.

2) XII. 3. D. — *Malblanc* l. c. §. LXXIII. p. 278. sqq.

3) Nicht ganz so glaubt *Malblanc* l. c. §. L. p. 179.

4) *Malblanc* §. XLVII. sqq.

deren Inhalt auf ein bloſses Glauben des Schwörenden gerichtet sey (juramentum de credulitate), ist eine irrige Erfindung der Rechtsgelehrten, welche ohne Bedenken in das Reich der Träume verwiesen werden kann 1).

§. 95.

Folgen des Eides a) *des abgeschworenen* b) *des verweigerten.*

Die Abschwörung der Entscheidungseide hat zur Folge, daſs nun dasjenige, was durch sie versichert wird, von dem Richter als juristisch gewiſs betrachtet und darum, als solches, seinem Urtheile zum Grunde gelegt werden muſs. Der abgeschworene Eid führt daher zu einem Urtheile, welches auf diese Beweisart gestützt, keine gröſsere Kraft, als ein auf andere Beweise aufgebautes Urtheil in Anspruch nehmen kann, und daher eben so gut, wie diese, wegen neu aufgefundenem, entgegengesetztem Beweise, wieder aufgehoben werden kann, ein Grundsatz, welcher nicht nur in Ansehung des Erfüllungseides ausser Zweifel 2) sondern auch durch die neuesten römischen Gesetze auf den gerichtlichen freywillgen Eid ausgedehnt worden zu seyn scheint 3). Allein freilich können

1) *Malblanc* §. XLIV. P. 135. *Tevenar* l. c. S. 88. *Schneider* a. a. O. §. 60.

2) XII. 2. D. fr. 31.

3) C. IV. 1. const. 13. Die Gründe aus welchen sich *Malblanc* in seinem neuesten Werke (princ. jur. rom. §. 477.) zu einer eingeschränkteren Auslegung dieses Gesetzes bewogen findet, scheinen mir nicht überzeugend.

nur solche Beweismittel, welche entweder eine die Möglichkeit des Gegentheils ausschliefsende Gewifsheit wirken, oder doch Gegenbeweis und Beweis des entgegengesetzten in sich vereinigen, die Kraft haben, dafs durch sie nicht nur die aus dem abgeleisteten Eide gezogene Folgerung vernichtet, sondern auch, wo dieses erforderlich ist, die Folgerung auf das Gegentheil rechtlich begründet werde 1). Die Folge des verweigerten Eides ist, dafs die Punkte, über welche er zu leisten war, für eingeräumt gehalten werden 2).

Dem abgeleisteten Eide gleich ist der von der Gegenparthie erlassene (jur. remissum 3)).

Dafs aber der angenommene Eid für abgeschworen zu halten sey, wenn derjenige, welcher ihn angenommen hatte, vor der wirklichen, nicht durch seine Schuld verzögerten Ableistung, stirbt, möchte höchstens nur dann behauptet werden können, wenn der Gegenparthie eigenes, absichtliches Verzögern den Grund der Nichtableistung enthielte 4). In den übrigen Fällen würde indessen wohl, wenn die Erben nicht schwören können, Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen die verstrichene Beweisfrist nicht abzuschlagen seyn.

1) So glaube ich dasjenige näher bestimmen zu müssen, was *Malblanc* §. LXIV. et LXV. sagt.

2) XII. 2. D. fr. 34. §. 9. fr. 38.

3) XII. 2. D. fr. 6. et 9. §. 1.

4) Non omnis moriens est Johannes Evangelista *Berger* El. disc. for. p. 577. Doch sind die mehrsten, selbst *Malblanc* (§. LVI.) zum Theil, anderer Meinung.

§. 96.

Von den Gegenbeweisen.

Dem Beweise ist der Gegenbeweis entgegengesetzt. Man versteht darunter Beweise, wodurch diejenige Parthie, gegen welche ein Beweis geführt wird, die Rechtsvermuthung, gegen welche der Beweis gerichtet ist, zu unterstützen sucht.

Da das Bestreben, dem Versuche zur Vernichtung der Rechtsvermuthung zu begegnen, die natürlichste Folge des Vertheidigungsrechts ist, so kann es nicht auffallen, dafs man den Gegenbeweis, der seiner Natur nach nicht auferlegt 1) werden kann, immer als vorbehalten betrachtet 2). Eben so wenig kann bezweifelt werden, dafs gegen diesen Gegenbeweis kein weiterer Gegenbeweis gedacht werden könne 3). Uebrigens aber hat der Gegenbeweis, als Handlung eines streitenden Theiles betrachtet, nichts Eigenthümliches, aufser dafs Eideszuschiebung bei ihm kein Beweismittel seyn kann, weil der Beweisführer bey vollständig geführtem Beweise keinen Eid zu schwören braucht (§. 92. n. 2.), bey unvollständigem Beweise aber der Richter die Verbindlichkeit zur Eidesableistung bestimmen soll (§. 95.).

1) Daher die Regel: actore non probante, absolvitur reus, etiamsi nihil reprobaverit.

2) *Danz* § 251. 255.

3) Reprobatio reprobationis non datur. *Elsässer* diss. exhibens selecta capita processualia de probationibus et reprobationibus. Erl. 1782. n. IV.

§. 97.

Fortsetzung. Beweis der Einreden.

In einem viel weiteren Sinne pflegt man jedoch häufig unter Gegenbeweis jeden, zur Vertheidigung gegen den Beweis und die aus demselben abzuleitenden Folgen gerichteten Beweis zu verstehen. Da nun die Vertheidigung gegen einen, auf zu beweisende Thatsachen gegründeten Anspruch nicht nur negativ, durch directen Widerspruch gegen jene Thatsachen, sondern auch positiv und indirect, durch die Vorschützung zerstörlicher Einreden, geschehen kann (§. 79.), so ergiebt sich alsdann die Eintheilung des Gegenbeweises in directen und indirecten von selbst.

Da indessen die Anerkennung der factischen Vernichtung eines gegründeten rechtlichen Anspruchs, der Natur der Sache nach, auf den nämlichen Voraussetzungen beruhen muſs, auf welchen die Anerkennung der factischen Begründung desselben beruht 1), so ist unverkennbar, daſs der indirecte Gegenbeweis mit dem directen nur den Namen gemeinschaftlich haben könne 2), in der Sache selbst da-

1) XLIV. 1. D. fr. 1. „agere etiam is videtur, qui exceptione utitur, non reus in exceptione actor est.“

2) Manche Proceſsordnungen verwirren das Verfahren, in der guten Absicht das Gegentheil zu bewirken, nicht wenig, indem sie mehr, als diese Gemeinschaft des Namens, anerkennen. — Wo dieses indessen nicht ganz bestimmt geschehen ist, kann es nicht angenommen, und daher selbst das, was über den Gegenbeweistermin gesagt wird, nicht auf den Beweis der Einreden ausgedehnt werden. *Elsässer* l. c. §. 18.

gegen ganz nach den Grundsätzen, welche von dem Beweise gelten, beurtheilt werden müsse, und daſs nichts irriger seyn würde, als wenn man die praktischen Folgen, welche in dem vorigen §. aus dem Begriffe des eigentlichen Gegenbeweises abgeleitet worden sind, auf den Beweis der Einreden (Replicationen 1) u. s. w.) für anwendbar halten wollte 2).

§. 98.

Richterliche Verfügungen. Sentenzen. Bloſse Decrete.

Das letzte Bestandtheil des Processes sind die richterliche Verfügungen (pronunciata judicis). Der Gegenstand derselben ist theils die Bestimmung der Rechte, über welche *gestritten* wird, theils die Einleitung des, zur Möglichkeit dieser Bestimmung erforderlichen, gesetzlichen Verfahrens. Eine Verfügung der letzteren Art geht in eine der ersteren über, wenn zuvor die in Ansehung des gesetzlichen Verfahrens möglichen Rechte der streitenden Theile selbst Gegenstand eines, richterliche Entscheidung verlangenden Zwischenstreites geworden sind.

Im Allgemeinen beruht hierauf die Eintheilung der richterlichen Verfügungen in Ent-

1) „Replicatio est contraria exceptio, quasi exceptionis exceptio" XLIV. 1. D. fr. 22 §. 1.

2) Uberh. vergl. *Gönner* Handb. B. II. n. XXXIV. Bey der Lehre von der förmlichen Beweisführung und der Beurtheilung der Collision der Beweise zeigt sich die Nothwendigkeit der Trennung beyder Gegenbeweise vorzüglich auffallend.

scheidungen, Richtersprüche oder Erkenntnisse (sententiae l'definitivae l'interlocutoriae, Endurtheile und Zwischenurtheile oder Bescheide), und bloſse Decrete (Resoluta, interlocutiones merae [welchen die Sententia interlocutia als interlocutio mixta entgegengesetzt wird] 1). Es bedürfen indessen diese wichtigen Begriffe hier noch einer bestimmteren Entwickelung und Begründung.

§. 99.

Nähere Bestimmungen des Begriffes der Sentenzen. Rechtskraft derselben.

Aus dem Grunde der Constituirung des öffentlichen Richteramtes ergiebt es sich, daſs dasjenige, was, bey dem Widerstreite der individuellen Urtheile der Parthieen über ihre Rechte, von dem Richter als Recht anerkannt wird, in dem Staate einzig als das wahre Recht betrachtet werden könne. Es muſs nothwendig das Resultat der Richtersprüche selbst, wenn es von dem gelten sollenden (materiellen Rechte) noch so weit entfernt seyn möchte 2), das in dem Staate einzig geltende (formelle) Recht der Parthieen seyn. Diese Gesetzeskraft der Richtersprüche (vis rei

1) In einem weiteren Sinne wird Decret für gleichbedeutend mit richterlicher Verfügung genommen. Daher Decretirkunst. Auch die Ausdrücke Urtheil und Bescheid werden nicht überall in der gerichtlichen Sprache zur Bezeichnung derselben Begriffe gebraucht.

2) Res judicata ex albo facit nigrum, ex nigro album.

judicatae 1) Rechtskraft), würde unstreitig sogleich eintreten, wenn der Richterspruch eröffnet worden ist, hätten nicht unsre Gesetze, aus weiser Rücksicht auf die Unvollkommenheit menschlicher Institute, und um, so viel es möglich ist, auffallende Widerstreite zwischen dem förmlichen und wirklichen Rechte zu verhindern, das Recht mehrerer Instanzen eingeführt (§. 35.) und, durch die Gestattung der ordentlichen Rechtsmittel gegen die Sentenzen, die Möglichkeit, binnen einer bestimmten Zeit diese Rechtskraft der Sprüche unterer Instanzen zu hemmen, eingeführt.

Aus dieser Ansicht der Rechtskraft bestimmt sich nun der Begriff der Sentenzen aufs vollständigste. Sentenz ist jede richterliche Verfügung, welche in Rechtskraft übergeht. Hierzu wird, nach dem Gesagten, erfordert:

1. es muss die richterliche Verfügung eine Bestimmung über bestrittene Ansprüche enthalten sollen.

a) Abgeschlagene Processe, ohne vorausgegangenen Rechtsstreit über ihre Erkennung, sind nicht Inhalt einer Sentenz, sondern nur eines blossen Decretes und bleiben dieses auch bey allen Wiederholungen (Inhaesiv-Decrete).

1) Die specielleren Gründe, welche die Römer für die Kraft der Rechtssprüche unter den Parthieen aus der litis contestatio und für die Unabänderlichkeit der Sentenzen selbst für den Richter daraus ableiteten, „quia, posteaquam sententiam dixit, judex esse desiit" et semel male seu bene officio functus est, (XLII. D. fr. 5.) passen nicht mehr für unsre Gerichtsverfassung.

b) Eben dieses gilt, unter derselben Voraussetzung, von jeder Einleitung irgend eines Theiles des Verfahrens, in so ferne nicht durch diese Einleitung (wie bey der Beweissentenz) schon stillschweigend bedingt über das anzuerkennende Recht selbst gesprochen wird. Sobald aber das, den Procefs einleitende Decret, mit Verwerfung der dagegen vorgebrachten Schutzrede des unrecht gewählten Verfahrens, bestätigt wird, so liegt in dieser Bestätigung (Inhäsiv-Bescheid 1)) eine Sentenz.

2. Es mufs die richterliche Verfügung eine Bestimmung über das Recht der Parthieen rechtlich möglicher Weise 2) enthalten können.

Daher ist jede Sachverfügung auf einseitigen Vortrag, selbst wo eine solche gesetzlich gebilligt ist, doch nie Sentenz (§. 79.), und an und für sich keiner Rechtskraft fähig, wenn gleich die Klage zur Vernichtung des, durch dieselben eingeführten widerrechtlichen Zustandes (Nichtigkeitsklage) der erlöschenden Verjährung unterworfen ist.

1) Häufig versteht man hierunter auch ein, einer Sentenz inhärirendes Decret.

2) D. h. dasjenige, was die Gesetze für einen Rechtsspruch als wesentlich nothwendig voraussetzen, mufs vorhanden seyn.

In unserm Mandatsprocesse, welcher ganz darauf berechnet ist, das Mandat, welches über Rechte bestimmen soll, ohne es noch zur *Zeit* zu können, in eine wahre Sentenz zu verwandeln, liegt die klarste Bestätigung des oben aufgestellten Grundsatzes. Uebrigens vergl. *Gönner* Handb. I. 6. et 23. III. 38.

§. 100.

Nähere Betrachtung der bloſsen Decrete. Bloſse Beschwerden gegen den Richter.

Von selbst ergiebt sich nun aus dem vorigen §. der bestimmte Begriff eines bloſsen Decretes. Es ist eine richterliche Verfügung, welche entweder keine Bestimmung über ein streitiges Rechtsverhältniſs geben soll, oder doch dieses noch zur Zeit rechtlich möglicher Weise nicht kann.

Ein Decret wirkt daher, wenn es auch Rechte verletzt (beschwerend ist), doch für sich kein formelles Recht des Gegentheils, und ist eben darum für den Richter selbst, welcher es ertheilte, keineswegs unabänderlich. Darum ist denn auch der leichteste und natürlichste Weg, die aus dem Decrete entstehende Beschwerde von sich abzuwenden, daſs man dieselbe dem beschwerenden Richter selbst vorträgt, und um Abstellung derselben bittet. Bey solchen Decreten, welche auf den Vortrag der einen Pbrthie eine Verfügung enthalten, durch welche sich die andere für beschwert achtet, geschieht dieſs durch den Vortrag einer Schutzrede, deren Verwerfung denn nur in einer Sentenz möglich ist. Bey solchen Decreten hingegen, welche die in dem Vortrage enthaltene Bitte ganz oder zum Theile abschlagen, kann die bezweckte Abänderung nur durch neuen, jeden Zweifel besiegenden Vortrag und erneuerte Bitte bewirkt werden 1). Ist dieser

1) Bey abgeschlagenen Processen in höherer Instanz macht freylich der Umstand, daſs hier eine Sentenz in Rechtskraft übergehen kann, ein andres Verfahren nothwendig. Hiervon unten.

neue Versuch fruchtlos, so bleibt, da auch die erneuerte Enthörung des Bittenden in diesem Falle immer blofses Decret bleibt (§. 99.), nichts anderes übrig, als bey dem höheren Richter die Beschwerde anzubringen (provocatio, appellatio extrajudicialis) und diesen aufzufordern, den Unterrichter zu einer gesetzmäfsigen Procefsleitung anzuhalten, ein Weg, welcher aber ohne Zweifel in diesem Falle auch gleich auf das erste Abschlagsdecret eingeschlagen werden kann.

§. 101. *a.*

Rechtsmittel gegen Sentenzen. Beschwerdeführungen gegen den Richter.

Hier ist nun der Ort, wo sich der Begriff der Rechtsmittel gegen Sentenzen und ihr Unterschied von Beschwerdeführungen erläutert.

Unter Rechtsmittel gegen Richtersprüche im eigentlichen Sinne (remedia contra sententias) werden nämlich diejenigen Rechtsmittel verstanden, wodurch man die Abänderung einer, durch eine Sentenz zugefügten Beschwerde gegen die, aus dieser Sentenz berechtigte Parthie selbst erwirken kann.

1. Ihr Gebrauch setzt eine Bestimmung der Sentenz voraus, welche, mit Gesetzeskraft versehen, eine Rechtsverletzung bewirken würde. So lange es noch nicht gewifs ist, dafs die Sentenz eine solche Bestimmung enthalte, bedarf es noch keines Rechtsmittels. Wahrhaft zweifelhafte Sentenzen veranlassen daher vorerst nur ein Gesuch um Erläuterung,

Wird auf dieses, an keine Formalitäten und Zeitbestimmungen gebundene Gesuch eine, Rechtsverletzung für den einen Theil enthaltende richterliche Bestimmung (sententia declaratoria) gegeben, so muſs nun die, izt erst gewiſs existirende Beschwerde durch Rechtsmittel zu entfernen gesucht werden 1).

2. Ihr Zweck ist, Aufhebung dieser Beschwerde, durch veränderte Bestimmung des rechtlichen Verhältnisses der Parthieen, zu bewirken. Sehr unterscheiden sie sich daher von den Beschwerdeführungen gegen den Richter, welche bey dem höheren Richter, ohne Proceſsführung mit dem Gegentheile, angebracht werden. Diese finden Statt

a) als bloſse Provocationen, um den Richter zur gebührenden Amtsthätigkeit zu bestimmen

α) wenn er diese Amtsthätigkeit versagt (querela super denegata vel protracta justitia).

β) wenn er, in der, den Gegenstand eines Rechtsstreites nicht bildenden Proceſsleitung, durch bloſse Decrete, oder durch processualisch unmögliche Gewaltstreiche (Atten-

1) Nie darf aber das Gesuch um Erläuterung ein Mittel werden, richterliche Erklärungen völlig deutlicher Sentenzen zu erlangen, um den rechtlich ausgeschlossenen Gebrauch versäumter Rechtsmittel wieder rechtlich möglich zu machen. Daher die Regel: daſs in Fällen, wo man den, die Rechtsverletzung enthaltenden Sinn der Sentenz für wahrscheinlicher hält, mit dem Gesuche um Erläuterung der eventuelle Gebrauch des, in diesem Falle nothwendigen Rechtsmittels, binnen der hierzu erforderlichen Zeit, zu verbinden sey.

taten), §. 100.) Rechte verletzt (provocationes, appellationes extrajudiciales).

b) als wahre Klagen, um den, durch illegales Handeln des Richters bey der Rechtssprechung zugefügten Schaden zu ersetzen), (actio in factum adversus judicem, qui litem suam fecit, Syndicatsklage 1) *).

§. 101. *b.*

Eintheilung der Rechtsmittel.

Mit der Einführung der Rechtsmittel hängt die gesetzliche Suspension der Rechtskraft der Sentenzen binnen dem, für den Gebrauch der Rechtsmittel bestimmten gesetzlichen Termin, innig zusammen (§. 99.). In der Regel ist auch beydes nicht getrennt. Das Rechtsmittel gegen Sentenzen ist ein Mittel, den Uebergang des formellen Rechts zu hindern (remedia suspensiva). Nur zwey Ausnahmen haben die Gesetze von dieser Regel begründet, und Mittel zur Abänderung des, dem Zeitverlaufe nach 2), wirklich oder scheinbar übergegangenen formellen Rechtes gegeben. Dieſs ist *a*) das Gesuch um Wiedereinsetzung in den vorigen Stand (remedium restitutionis in integrum) bey neu aufgefundenen Beweisen für das, von dem rechtskräftig bestimmten formellen Rechte abweichende wirkliche Recht 3). Es findet

1) *Boehmer* de remedio Syndicatus exerc. Gött. 1744.

*) Ueberh. vergl. zu diesem §. *J. Gönner* Hdb. III. 38.

2) *Martin* a. a. O. §. 198.

3) V. A. 1553. §. 5. K. G. O. Th. III. 52.

Statt binnen 4 Jahren von der erlangten Wissenschaft der neuen Beweiſse an. *b*) Die unheilbare Nichtigkeitsklage. Durch diese wird Aufhebung des widerrechtlichen Zustandes, welchen eine scheinbare, aber wegen Mangels der wesentlichen Voraussetzungen absolut unwirksame Sentenz eingeführt hat 1), binnen des, für die erlöschende Verjährung 2) perpetuirlicher Klagen bestimmten Zeitraums von 30 Jahren, bewirkt 3). Hierdurch nun entsteht die Eintheilung der Rechtsmittel in ordentliche oder suspensive und ausserordentliche, welche beyde denn

1) Die exceptio nullitatis ist an keine Zeit beschränkt. Der von *Pütter* in diss. de querelae nullit. et appellat conjunctione §. 45. angegebene Grund für die gegentheilige Meinung ist schon längst allgemein als irrig anerkannt cf. *J. C. Koch* de praescriptione rest. i. i. Gissae 1780.

2) Alle Grundsätze von der erlöschenden Verjährung müssen daher auch hier angewendet werden, vorzüglich die Regel: actioni nondum natae nulla currit praescriptio, nach der Erklärung dieser Regel bey *Thibaut* über Besitz und Verjährung §. 43.

3) Ueberhaupt dürfte es für die Lehre von der Nichtigkeitsklage besser seyn, wenn man ganz aufhörte, sie als Rechtsmittel gegen Sentenzen zu behandeln. Genau genommen ist sie dieses in der That nicht. Gegen die Sentenz an und für sich läuft sie eigentlich gar nicht, sondern gegen das aus der nichtigen Sentenz erhaltene Recht des Andern, weswegen da, wo vermittelst der nichtigen Sentenz eine Veränderung des rechtlichen Verhältnisses der Parthieen bewirkt werden soll, dem selbst nach 30 Jahren Klagenden immer die exceptio nullitatis entgegesetzt werden kann.

bald Devolutivwirkung haben, bald nicht. Unter den ordentlichen Rechtsmitteln ist indessen die Devolutivwirkung die Regel (Appellatio), und nur, wo diese nicht möglich ist, kennt das gemeine Recht, als Surrogat, das bloſs suspensive Rechtsmittel der Revision mit Actenverschickung (transmissio actorum in vim revisionis). Particulargesetze dagegen kennen mehrere dergleichen unter verschiedenen Namen (Leuteratio, Supplicatio, Revisio, dictio nullitatis, restitutio in integrum). Uebrigens hat im Wesentlichen das Verfahren zweyter Instanz, sobald dasselbe, nach der geschehenen Erklärung über den Gebrauch des Rechtsmittels (interpositio remedii, bey suspensiven und devolutiven interpositio et introductio) und erfolgter Ausführung der Beschwerden (justificatio), eingeleitet worden ist (Processe erkannt sind), nichts Eigenthümliches 1).

1) Die ausführliche Lehre von den Rechtsmitteln unten am Ende des ordentlichen Processes.

ZWEYTE ABTHEILUNG.

Von der nothwendigen Einrichtung der processualischen Handlung.

ERSTES KAPITEL.

Präliminarlehre von den allgemeinen Regeln zur Verfertigung aller processualischen Arbeiten.

§. 102.

Einleitung.

Dieses Kapitel gehört, genau genommen, der Theorie des Processes nicht an, sondern muſs aus der allgemeinen Theorie der juristischen Praxis entlehnt werden, um nicht bey der Absonderung jener Theorie von dieser, eine fühlbare Lücke zu lassen.

§. 103.

Von der Vorbereitung (Instruction) aller processualischen Arbeiten.

Jede Arbeit wird um irgend eines Zwecks willen unternommen, und dieser Zweck muſs nothwendig die ganze Arbeit und die Einrichtung derselben in allen ihren Theilen bestim-

men. Das erste Geschäft des Praktikers ist daher nothwendig, daſs er sich die deutlichste Vorstellung von dem Zwecke seiner Arbeit zu verschaffen suche. Erst dann kann er mit Bestimmtheit und Nutzen zur Aufsuchung der zur Erreichung dieses Zwecks zu verarbeitenden Materialien übergehen, und erst nachdem er diese vollständig gesammelt hat, ist es ihm möglich, das letzte Vorbereitungsgeschäfte vorzunehmen und sich einen Plan zu entwerfen, wie die aufgefundenen Materialien am schicklichsten verarbeitet werden können, damit der bestimmte Zweck in seinem Umfange erreicht werde.

§. 104.

Fortsetzung. Von dem Sammeln des Stoffs. Von Excerpten.

Woraus der Geschäftsmann den Stoff für die zu fertigende Arbeit zu sammeln habe, läſst sich im Allgemeinen nicht bestimmt angeben. Für manche processualische Arbeiten ist das bisher in der Sache Verhandelte (die Acten) die einzige Quelle, für andere dagegen, zumal solche, durch welche der geschichtliche Grund der behaupteten Rechte dargethan werden soll, sind die Acten entweder gar nicht, oder doch nur e i n e der anzugebenden Quellen. Welche Quelle es aber auch sey, die sich dem Praktiker zum Sammeln des Stoffes für seine Arbeit, sey es ungesucht, oder nach mühsamen Forschen, darbietet, so kommt es darauf an, daſs er sie zweckmäſsig benutze. Dieses wird dann geschehen, wenn er aus ihr alles dasje-

nige, aber auch nur dasjenige schöpft, was Bezug auf den Zweck hat, für welchen er arbeitet. Diese Auswahl ist in Fällen, wo die Erörterung mehrerer Puncte zur Erreichung des Zweckes nothwendig ist und der Stoff oft in weitläuftigen Actenfascikeln oder andern Schriften zerstreut liegt, nicht so leicht, wenn man nicht die Kunst versteht, durch ein zweckmäſsiges Excerpiren, sich die Arbeit zu erleichtern. Mit Nutzen wird man hierbey die Methode anwenden, daſs man sich für die zu erörternden verschiedenen Puncte eben so viele, dem Format nach gleiche Excerptenblätter fertigt, und nun, bey dem genauen Lesen, sogleich das auf einen dieser Puncte Bezug habende auf das mit der Rubrick dieses Punctes bezeichnete Blatt, mit Bemerkung der Quelle, woraus es gezogen worden ist, autologisch oder nur dem Sinne nach (jenachdem das erstere für den Zweck von Nutzen ist, oder nicht), überträgt, jedoch, zur Erleichterung der nachherigen Arbeit, nur auf die eine Seite des Blatts 1).

§. 105.

Fortsetzung. Plan der ganzen Arbeit.

Hat der Arbeiter eine vollkommen deutliche Vorstellung von seinem Zwecke und hat er den ganzen zu verarbeitenden Stoff gesammelt, so entwirft er den Plan, wie die Arbeit selbst am besten zu verfertigen sey. Bey weit-

1) Von der kürzeren Excerpirmethode bey minder weitläufigen Sachen.

läuftigen Arbeiten ist selbst eine schriftliche Entwerfung dieses Plans nicht zu unterlassen, wenn Einheit in das Ganze kommen, und das Gesetz der Vollständigkeit nicht verletzt werden soll. Eine, so viel als möglich ist, ungezwungene Gedankenverbindung zu bewirken, ist die hier zu lösende Aufgabe. Absonderung der wesentlich verschiedenen Hauptpuncte, Subordinirung der untergeordneten Sätze unter die Hauptsätze, Verbindung der Begriffe ohne Vermengung des Fremdartigen, führen zu diesem Ziele; allein immer bleibt hier ein weites Feld zur Uebung des Talents und zum Beweise des Scharfsinns und der Geschicklichkeit des Verfassers. Alles sklavische Binden an eine bestimmte Form, und namentlich ein zu festes Ankleben an eine Methode, z. B. die synthetische oder analytische bey dem Argumentiren, schadet mehr, als es nutzt. Die tabellarische Methode dagegen ist, bey der Verfertigung des Plans, immer als ein trefflicher Probierstein zu empfehlen 1).

§. 106.

Von der Einrichtung der instruirten Arbeit selbst.

Die allgemeinen Regeln für die Verfertigung der processualischen Arbeiten selbst können natürlicher Weise nicht den Inhalt betreffen,

1) Sehr nützlich kann es auch dem Arbeiter seyn, wenn er, bey dem Nachdenken über seine Arbeit, auf einem besonderen Gedankenzettel sich einzelne Gedanken, welche ihm für den dereinstigen Gebrauch von Interesse scheinen, bemerkt.

welcher die Arbeiten selbst unterscheidet und zu verschiedenartigen macht, sondern nur die Form d. h. die Einrichtung derselben für die Darstellung ihres Inhalts kann durch sie bestimmt werden. Offenbar muſs auch diese Form verschiedenerley Bestimmungen durch die Verschiedenheit des Inhalts einer jeden bestimmten Art von Arbeiten erhalten, daher können die allgemeinen Regeln, welche hier zu erörtern sind, nur allein auf die beyden allgemeinen Eigenschaften einer jeden processualischen Arbeit eingeschränkt seyn, daſs darin *a*) überhaupt ein Gegenstand abgehandelt, und *b*) daſs er zu der Bestimmung, zur gerichtlichen Verhandlung einer Streitsache zu dienen, abgehandelt wird. Diese Regeln aber müssen nicht nur die innere Form der processualischen Arbeit, sie sey nun wesentlich oder zufällig, sondern auch die bloſs äussere d. h. die zweckmäſsige Einrichtung der Abhandlung, in so ferne sie als ein in die äusseren Sinne fallendes Object betrachtet wird, umfassen.

§. 107.

1. *Von der inneren Form der processualischen Arbeiten.*

Jede Abhandlung, welche nicht bloſs zur eigenen Notiz des Verfassers bestimmt ist, hat, als Darstellung einer Gedankenreihe durch Worte, die Absicht, dem sachverständigen Leser oder Zuhörer eine deutliche Vorstellung von demjenigen zu verschaffen, was man durch sie mittheilen wollte. Die erste

Regel ist daher, daſs, ehe man (mündlich oder schriftlich) redet, man richtig und deutlich denke. Erst alsdann kann das Bestreben, durch den Ausdruck seiner Gedanken eine richtige und deutliche Vorstellung von dem, was man andern mittheilen wollte, zu veranlassen, von Erfolg seyn. So wie jeder Schriftsteller, so wird gewiſs auch der processualische Geschäftsmann diesen Zweck nicht verfehlen, wenn er sich Richtigkeit und Reinheit der Sprache, Angemessenheit, Ungezwungenheit, Kürze und Würde des Ausdruchs und der Darstellung zu eigen zu machen sucht. Jede dieser Eigenschaften aber muſs natürlich, weil die zu fertigende Arbeit eine processualische ist, durch die nothwendigen Eigenheiten des Gerichtsstyls nähere Bestimmungen erhalten, um welche sich ein andrer Schriftsteller nicht zu bekümmern hat.

§. 108.

Richtigkeit und Reinheit der Sprache.

Die Richtigkeit der Sprache fordert strenge Beobachtung der grammaticalischen Regeln, an welche auch jeder processualische Arbeiter so genau gebunden ist, daſs eine Entschuldigung der Barbarismen oder Solöcismen durch den gewöhnlichen Gerichtsstyl nicht anders, als lächerlich seyn kann.

Die Reinheit der Spracke dagegen besteht in der Vermeidung alles Fremdartigen und Ungewöhnlichen und fordert daher Verbannung aller Latinismen, Gallicismen, Archaismen, Idiotismen. Die Eigenheit des Canz-

leystyls aber, welcher sich in einem grofsen, in mehrere Theile getheilten Reiche, ausbildete und eine in allen Theilen (so verschiedene eigentümliche Mundarten auch in denselben herrschend seyn mochten) gleich verständliche Sprache erforderte, macht hierbey die Einschlagung der Mittelstrafse und die Enthaltung von einem übertriebenen **Purismus** nothwendig. Darum behält der Jurist mit Recht manche alte, allgemeinverständliche, manche ausländische, ihren Gegenstand genau bezeichnende Ausdrücke und Kunstworte bey und enthält sich der Neologismen in Wörtern und Wortfügungen, bis dafs er mit Gewifsheit zu sagen vermag, dafs die neueren Worte und Wortfügungen, welche an die Stelle der ausländischen oder alten getreten sind, allgemeinverständlich geworden seyen und dafs durch sie der zu bezeichnende Begriff eben so bestimmt und deutlich, wie durch jene, angegeben werde.

§. 109.

Angemessenheit und Ungezwungenheit des Ausdrucks und der Darstellung.

Um den Vortrag durch Angemessenheit und Ungezwungenheit des Ausdrucks und der Darstellung auszuzeichnen, strebe der Praktiker nach Wahrheit, Bestimmtheit, und Vollständigkeit der Gedanken, er wähle für sie die natürlichste Ordnung, bey Erzählungen die chronologische, bey Ausführungen die am leichtesten Ueberzeugung bewirkende, er vermeide viel-

deutige und unbestimmte Ausdrücke, und befleiſsige sich der Klarheit, Stärke und des Wohlklangs in dem Periodenbau, ohne bloſs blendende oder übertreibende Gedankenverbindungen sich zu erlauben, oder ängstlich nach Perioden zu haschen. Der mittlere Styl ist überhaupt derjenige, über welchen der Kanzleystyl sich weder erheben, noch unter welchen er sinken darf.

§. 110.

Kürze und Würde.

Die zweckmäſsige Kürze (Präcision, Bündigkeit) besteht in derjenigen Eigenschaft des Vortrags, vermöge welcher in Gedanken und Worten alles vermieden wird, was nicht zur vollständigen Erreichung der Absicht des Verfassers als nothwendig betrachtet werden kann. Eine Kürze, welche auf Kosten der Deutlichkeit und Vollständigkeit erreicht werden sollte, würde daher mit Recht eine fehlerhafte genannt werden können. Eben so fehlerhaft würde es seyn, wenn man, durch eine unrichtige Ersparung von Hülfswörtern u. d. gl., Kürze zu erstreben suchte. Wohl aber wird erfordert die Vermeidung aller unnöthigen Abschweifungen, aller unnützen Wiederholungen, Pleonasmen, Tautologieen, aller unnöthigen Complimente und Clauseln, aller Ausführungen, welche sich von selbst verstehen, und aller Ausdrücke, welche zu nicht beabsichteten Nebenideen verleiten können.

Endlich erfordert die Würde eines jeden, sowohl processualischen als nicht processualischen, Vortrags, sich nur edler, nicht niedriger, oder pöbelhafter Ausdrücke zu bedienen, die relative Würde des Kanzleystyls 1) verlangt aber einen mittleren, ernsten und gleichförmigen Ton, welcher mit erhabenen, vertraulichen, komischen, pathetischen und poetischen Ausdrücken nicht vereinigt und nicht ohne strenge Beobachtung der Forderungen der Sittlichkeit, der Bescheidenheit und des Anstandes gehalten werden kann.

§. 111.

Von den nothwendigen Curialien oder dem Canzleyceremoniel.

Das Lästigste für den Concipienten ist unstreitig die Beobachtung der einmal durch Uebereinkunft und Herkommen geheiligter Titulaturen oder Curialien, d. h. Ausdrücke, durch welche die Anerkennung des Standes und der Würde derjenigen, an welche ein Vortrag gerichtet wird, und das Verhältniſs der Hoheit, Gleichheit, Achtung, Ehrerbietung und Unterwürfigkeit, in welchem der Vortragende zu denselben steht, bezeichnet wird. So sehr auch wenigstens eine Vereinfachung dieses, in Deutschland ganz besonders steifen, verwickelten und nach allen möglichen Verhältnissen so

1) Denn der Verstand, kein andres Vermögen des Menschen, soll in den Gerichten beschäftigt werden. Dieſs würde aber nicht möglich seyn, wenn man die andern beleidigen wollte.

verschiedenartig modificirten Ceremoniels zu wünschen wäre 1), so wenig kann doch der Einzelne sich über das Hergebrachte hinwegsetzen und durch den Nichtgebrauch dieser Bezeichnungen Nichtanerkennung der denselben zum Grunde liegenden Rechte an den Tag legen. Vorzüglich ist dieses Ceremoniel bey solchen processualischen Schriften wichtig, welche in Briefform abgefafst werden, wo die Curialien des Eingangs, des Contextes, der Unterschrift und der Aufschrift zwar alle verschieden, aber doch wechselseitig mit einander in Verbindung stehend, und eins gegen das andere genau abgemessen sind 2).

§. 112.

2) *Aeufsere Form der processualischen Arbeiten.*

In Ansehung der äusseren Form schriftlicher Aufsätze bey Gerichten bleibe man bey der von den klassischen deutschen Schriftstellern befolgten Orthographie und enthalte sich der Neuerungssucht, man beobachte sorgfältig, sowohl in der Wahl der Schreibmaterialien, als auch in kalligraphischer Hinsicht, die Regeln des Anstands und bedenke, dafs das, was in dieser Rücksicht die Würde des Gerichts

1) Die neuere Zeit hat indessen schon viel für die Realisirung dieses Wunsches gethan.

2) Man sehe zu diesem §. *Bischoff* Handb. der Kanzleypraxis 1. Th. 2. Abschn. 1. Abth. 3. Hauptst. *Pütter* Anleit. zur jur. Praxi §. 34—54. *Gönner* Grundsätze der jur. Praxis — Schriften, welche überhaupt zu dieser ganzen Abtheilung zu vergleichen sind.

erfordert und der Umstand, dafs gerichtliche Acten aufbewahrt werden und nach langen Jahren noch brauchbar seyn müssen, nothwendig macht, selbst nicht, ohne Nachtheil für den Zweck der processualischen Arbeit, versäumt werden könne.

Sorgfalt für die Erhaltung der Uebersicht bey weitläuftigern Arbeiten und zur Ausschliessung möglicher Verwirrungen (durch Foliiren und Heften) bedarf übrigens kaum einer besondern Empfehlung.

Zweytes Kapitel.

Bestimmtere Regeln über die Einrichtung processualischer Arbeiten, nach ihren Hauptclassen.

Erster Titel.

Von der Art und Weise des Verfahrens der Parthieen und ihrer Beystände

§. 113.

Einleitung.

Alle Vorträge der Parthieen bey einem Rechtsstreite enthalten ein Gesuch 1) derselben

1) Eine scheinbare Ausnahme machen die Beweisartikel und Fragstücke. Gewissermafsen ist dieses aber auch eine richterliche, nach unsern Procefsgesetzen von den Parthieen für den Richter zu fertigende Arbeit.

vermöge dessen sie eine Verfügung des Richters, zur Entscheidung des Streites, oder doch zum Fortgange des rechtlichen Verfahrens in Ansehung desselben, verlangen. Dieses Gesuch muſs, als ein rechtliches, begründet werden, welches nur durch Nachweisung der Identität der dasselbe veranlassenden factischen Umstände mit denjenigen, welche zur Anwendung einer bestimmten Rechtsregel vorausgesetzt werden müssen, geschehen kann, wodurch denn nothwendig die innere Form eines jeden Vortrags der Parthieen gleich der eines Syllogismus bestimmt wird. Alle Vorträge der Parthieen gehören demnach in die Classe der Deductionen und es müssen für sie die aus dem Wesen einer Deduction abzuleitenden Regeln entscheidend seyn, wenn gleich die mehrsten derselben von ihrem eigenthümlichen Inhalte verschiedene Benennungen erhalten, und diejenigen, welche keinen bestimmten Namen erhalten haben, gewöhnlich mit dem allgemeinen Namen der Bittschriften, Memorialien, Implorationen etc. bezeichnet werden.

§. 114.

Von den Vorarbeiten zur Deduction.

Daſs bey der Verfertigung der Deductionen alle die oben (§. 103.) angegebenen Vorarbeiten für den Praktiker wichtig seyen, bedarf keiner Erinnerung. Dagegen giebt er hier noch specielle Vorarbeiten, welche nicht versäumt werden dürfen, wenn der Deducent der Möglich-

keit einer Verwirrung der Begriffe und Vorstellungen entgehen, und zugleich sich sein Bestreben, andern die Rechtlichkeit seiner auszuführenden Ansprüche zu der vollkommensten Deutlichkeit zu erheben, erleichtern will. Es sind dieses die Verfertigung von Stammtafeln 1), sobald zu der Beurtheilung der Sache die Kenntnifs verwickelter Familienverhältnisse gehört, oder doch Verwechslung mehrerer Personen aus einer weitläufigen Familie zu befürchten wäre, und dann genaue Risse, oder Zeichnungen, sobald es auf die Lage oder die darstellbare Beschaffenheit von Grundstükken ankömmt.

Bey der Verfertigung der Stammtafel mufs man besonders darauf sehen, dafs man, sobald es darauf ankömmt, die Stifter mehrerer Hauptbranchen unterscheidet, dafs man diejenigen, welche in demselben Verhältnisse zu demselben Stammvater stehen, in dieselbe Reihe setzt, dafs man bey jeder Person in möglichster Kürze diejenigen Angaben und Bestimmungen, deren Wissenschaft für den Zweck der Ausführung einigermafsen nöthig oder nützlich seyn kann, (z. B. Ort und Zeit der Geburt, der Vermählung, des Todes u. s. w.) aber keine andere, beybringt, und allenfalls, wo es auf historisch genealogische Beweise ankömmt, auf diese in beyzufügenden Noten sogleich aufmerksam macht.

Bey den Rissen, welche in der Regel der Deducent nicht selbst verfertigen wird, geht

1) Dasselbe was von Stammtafeln gilt, gilt auch von der Schematisirung anderer verwickelten Verhältnisse zwischen mehreren Personen.

seine Sorge vorzüglich dahin, daſs sie getreu und vollständig gefertigt und eine genaue Erklärung alles Merkwürdigen, durch beygefügte Bemerkungen, nicht vergessen werde.

§. 115.

Bestandtheile der Deduction selbst.

Die Bestandtheile einer jeden Deduction und die Ordnung, in welcher aus ihnen das Ganze entstehen muſs, ergeben sich aus ihrem Zwecke von selbst. Das erste Geschäft des Deducenten ist, daſs er die Begebenheiten und Thatumstände, aus welchen er sein Gesuch, als einen Schluſs, ableitet, erzähle. Durch die Erfüllung dieses Geschäftes wird der historische Theil der Deduction, oder die Geschichtserzählung geliefert. An diese Erzählung knüpft sich der Beweis, daſs der zu ziehende Schluſs durch das Erzählte wirklich begründet sey. Dieser Beweis kann hier, wo der Schluſs ein rechtliches Gesuch seyn soll, nur in der Nachweisung der Identität der Merkmale des Erzählten mit den Merkmalen dessen, was zur Anwendung einer Rechtsregel gehört, bestehen. Hierdurch wird der dogmatische Theil der Deduction, oder die eigentliche Ausführung ihres Gegenstandes geliefert. Endlich muſs aus diesen Prämissen das rechtliche Verlangen selbst, dessen Erfüllung man beabsichtigt, als eine nothwendige Folge abgeleitet werden, womit die ganze Deduction beschlossen wird.

§. 116.

Geschichtserzählung.

Die Darstellung derjenigen Begebenheiten und Thatumstände, in welchen die Veranlassung und der factische Grund des Gesuches der Parthie liegt, ist die Geschichtserzählung in der Deduction.

Das Gesuch des Deducenten ist dasjenige, auf welches die Geschichtserzählung, als auf ihren Zweck, berechnet seyn mufs, durch welches daher auch allein ein Urtheil über die Relevanz oder Irrelevanz der in sie aufzunehmenden Thatumstände begründet werden kann. Die zu beobachtende Ordnung ist zwar die strengste chronologische, allein stets müssen die Facten lebendig und in dem Geiste, in welchem der Deducent wünschen mufs, dafs sie für seinen Zweck ergriffen werden möchten, dargestellt werden, und eben darum ist hier der angemessene Styl keineswegs der zerschnittene (wie bey Geschichtserzählungen in Relationen), sondern der in kurze, leichte Perioden eingekleidete und in der halb oder ganz vergangenen Zeit erzählende.

Sobald es, bey einer schon zum Theile verhandelten Sache, von irgend einigem Nutzen seyn kann, von der bisherigen Verhandlung der Streitsache Nachricht zu geben, (wäre es auch nur, um keinen Zweifel darüber zu lassen, dafs gerade itzt dieses Gesuch an seiner Stelle sey), so mufs die Geschichtserzählung auch durch die einzelnen Theile der Verhandlung, in so ferne sie hier ein Interesse haben können, durch

geführt werden. Alsdann zerfällt die Geschichtserzählung in zwey Theile, in die Geschichtserzählung im engeren Sinne (species facti) und die Procefsgeschichte (historia processus), wovon jene dieser, vermöge der chronologischen Ordnung, vorausgehen, diese aber nothwendig nach denselben Regeln, wie jene, gefertigt werden mufs.

§. 117.

Eigentliche Ausführung

Die eigentliche rechtliche Ausführung besteht in dem Beweise, dafs, bey dieser Lage der Sache, das bezweckte Gesuch des Deducenten dasjenige sey, auf welches, vermittelst einer richtigen Subsumtion des erzählten Factums unter rechtliche Wahrheiten, ein nothwendiger Schlufs habe führen müssen, dessen Erfüllung daher der Deducent zuversichtlich entgegen sehen könne.

Alles Ueberflüssige mufs verbannt seyn. So auch dieser Beweis, wenn über die Merkmale des Factums, oder über die der gesetzlichen Fälle, oder endlich über die Identität beyder kein Zweifel möglich ist.

So wenig übrigens die Argumentation, aus welcher dieser Hauptbestandtheil der Deduction besteht, sich an feste Regeln binden läfst, so sehr ist dem Deducenten strenge Beobachtung der allgemeinen Regeln für die Verfertigung aller processualischen Arbeiten wichtig. Werden diese Regeln beobachtet, so werden gewifs die Entscheidungsgründe, mit der gröfsten Bün-

digkeit und Stärke, den Zweifelsgründen und der Widerlegung derselben, welche in der Regel nur in Gegendeductionen 1) einen Platz finden, vorausgeschickt werden, und gewiſs wird dann, bey nothwendigen weitläufigen Ausführungen, der Deducent es nicht vergessen, daſs die Deutlichkeit des Vortrages ausserordentlich gewinnen müsse, wenn mehrere, zu dem Zwecke der Ausführung zu beweisende verschiedenen Punkte sorgfältig getrennt werden, in welchem Falle dann, zur Fixirung der Aufmerksamkeit des Lesers auf das, worauf es vorzüglich ankömmt, eine Anzeige des zu erörternden Punctes der jedesmaligen Ausführung in möglicher Kürze vorausgeschickt werden muſs.

Ein grober schimpfender Ton, Personalitäten und satyrische Ausfälle auf den Gegner müssen, besonders in Gegendeductionen, sorgfältig vermieden werden. Die Nichtbeobachtung dieser Regel macht die Advocaten und Procuratoren der Parthieen selbst straffällig 2) (§. 58 *a*).

§. 118.

Beschluſs.

Der Beschluſs der Deduction stellt, in der höchsten Bündigkeit, den eigentlichen Zweck des Deducenten, als ein Resultat der bisherigen Ausführung, dar. Immer wird dieses Resultat in den processualischen Vorträgen der Parthieen

1) Diese widerlegende Deductionen können öfters sehr abgekürzt werden.

2) J. R. A. §. 165.

M

in der Form eines Gesuches, oder einer Bitte an den Richter vorgetragen. Daſs diese Bitte in der Form so gearbeitet werden müsse, daſs, wenn der Deducent seinen Zweck erreicht, dieselbe der wörtliche Innhalt der richterlichen Verfügung seyn könne, ist zwar eine allgemeine Regel, deren Nothwendigkeit sich aber nicht erweisen läſst. Wohl aber muſs in der Sache die Bitte des Deducenten mit der, unter Voraussetzung der Wahrheit seiner factischen Prämissen, rechtlich möglichen Verfügung des Richters vollkommen übereinstimmen.

§. 119.

Von den Beylagen.

Gewöhnlich ist es für den Zweck des Deducenten wichtig, einzelne seiner Behauptungen sogleich zu erweisen, oder doch durch Erläuterungsmittel zu verdeutlichen. Da diese Beweis- und Erläuterungsmittel nicht in den Text der Deduction selbst eingeschaltet werden können, ohne alle Deutlichkeit — das erste Gesetz des Schriftstellers — aufzuopfern, so entstehen alsdann Beylagen der Deductionsschrift, welche als Anhänge derselben mit übergeben werden. Sie werden, wenn es möglich ist, in der Ordnung, nach welcher sich in der Deduction auf sie berufen wird, gelegt, jede mit einer zweckmäſsigen Rubrick und einem willkührlichen Zeichen, (mehrere aber am besten mit fortlaufenden Nummern oder Buchstaben) versehen. — Da, wo man sich im Contexte auf die Beylage beruft,

wird dann die gewählte Bezeichnung derselben, nebst einem Berufungsmerkmale, an den Rand gesetzt wird.

§. 120.

Aeufsere Form der Deductionsschrift.

Die Deductionsschriften sind bestimmt, dem Gerichte das rechtliche Verlangen der Parthieen auszudrücken, sie müssen daher nothwendig an dieses gerichtet seyn. Hierin liegt der Grund, warum entweder sie selbst innerlich in Briefform abgefaſst, mithin mit den gewöhnlichen Curialien des Eingangs, des Contextes und der Unterschrift versehen, oder vermittelst eines besonderen Briefes, worin der Schrift als einer Beylage erwähnt und um eine der Absicht des Schriftstellers gemäſse Verfügung gebeten wird (Präsentations-Oblationsschreiben), 1) übergeben werden müssen 2).

Immer werden die Parthieschriften in Folio, mit einem 2 Queerfinger breiten Rande, beschrieben, alsdann gewöhnlich in Quart, (an manchen Orten auch in Octav) zusammengelegt und, gewöhnlich auf der äusseren Seite, mit einer Rubrik versehen, welche die summarische Anzeige des Innhalts dieser Schrift, die Bezeich-

1) Ausser Sachsen ist dieses aber, die Beweisschriften zum Theile ausgenommen, nicht sehr üblich. —

2) Die neueste Praxis ist glücklicher Weise auf dem Wege, auch bey den gerichtlichen Parthieschriften sich immer mehr von dem steifen und lästigen deutschen Ceremoniell zu befreyen.

nung der streitenden Theile 1), von welchen der, in dessen Namen die Schrift übergeben wird, zuerst gesetzt wird, dann an der rechten Seite unten die Bemerkung des Streitpunctes und an der andern die Verzeichnung der Beylagen enthält.

§. 121.

Vom Recessiren.

Nicht immer können die Vorträge der Parthieen schriftlich übergeben werden. Bey manchen, vorzüglich den unteren Gerichten, ist es üblich, daſs alle processualische Vorträge der Parthieen mündlich angebracht werden, bey andern, gewöhnlich den höheren Gerichten, ist dieses nur in Ansehung der zur Betreibung des legalen Gangs des Verfahrens nothwendigen Handlungen gebräuchlich. Immer wird dann das Vorbringen der persönlich oder durch einen Bevollmächtigten erschienenen Parthie ein Receſs, ein Recessiren 2) genannt. Die innere Form dieser Recesse ist von der der schriftlichen Vorträge nicht verschieden, die äussere Einkleidung hingegen muſs alsdann so seyn, daſs, wenn der Vortrag sogleich wörtlich (wie immer geschehen muſs) von dem Gerichtsschreiber niedergeschrieben wird, alle

1) Hierzu gehört Vor- und Zunamen, Stand, Amt, Würde und die Eigenschaft, in welcher sie in diesem Processe auftreten. Ist eine Veränderung der Parthieen geschehen, so wird dieses durch nunmehro oder modo ausgedruckt.

2) Von dem Grunde dieser Benennung.

Regeln von der richtigen Abfassung der Protocolle (§. 156.) strenge beobachtet sind. Bey manchen Gerichten wird es den Procuratoren gestattet, gewisse Vorträge, welche sonst nur in mündlichen Recessen vorgebracht werden können, sogleich in der Form eines zu Protocoll gebrachten Recesses, schriftlich zu übergeben. Alsdann giebt es Ausnahmsweise schriftliche statt mündlicher Recesse (recessus scriptus loco oralis), welche, als schriftliche Aufsätze der Parthie, mit der gewöhnlichen Rubrik versehen werden müssen.

ZWEYTER TITEL.

Von der Art und Weise des Verfahrens der Gerichte.

Erster Abschnitt.

Von der Art und Weise des Verfahrens des Richters.

ERSTER ABSATZ.

Allgemeine Darstellung der Richtungen der Thätigkeit des Richters bey einem Rechtsstreite.

§. 122.

Einleitung.

Der Richter, als die Seele des Gerichts, mufs, wo nicht das Verfahren durch das Gesetz unmittelbar geleitet wird, nothwendig von dem Augenblicke an, wo ein Rechtsstreit bey ihm angebracht wird, bis zu der gänzlichen Beendigung desselben, ununterbrochen thätig seyn. Der Zweck dieser Thätigkeit ist (wie schon oben bemerkt wurde): die Prüfung und Entscheidung des anhängigen Rechtsstreites, und der Endzweck: die Realisirung des anerkannten, vom Staate garantirten Rechte des Siegers. Hierauf müssen mithin auch alle einzelnen Be-

stimmungen der richterlichen Thätigkeit gerichtet, alle mithin darauf berechnet seyn, die Erreichung dieses Zweckes und Endzweckes entweder unmittelbar oder mittelbar (durch die in der 1. Abth. angegebenen Mittel) herbeyzuführen. Eben darum scheint es zweckmäſsig, bey der Betrachtung der Regeln für die Aeusserungen der richterlichen Thätigkeit der natürlichen Folge dieser Aeusserungen nachzugehen. Es bedarf indessen wohl kaum einer Erinnerung, daſs hier (nach dem Zwecke dieses generellen Theils) nur die Grundregeln für die Aeusserungen der richterlichen Thätigkeit, in so ferne sie nach einem bestimmten Punkte hingerichtet seyn muſs, angegeben und keineswegs das genaue Detail irgend eines bestimmten Verfahrens erörtert werden solle 1)

§. 123.

I. *Bestimmungen der Thätigkeit des Richters vor dem Anfange der Verhandlungen.*

Sobald ein Fordernder auftritt und dadurch zum gerichtlichen Verfahren über einen Rechts-

1) So wird hier nicht erörtert, wann und wie der Richter *bestimmte* Verhandlungen (z. E. Einlassungen, Replic u. s. w.) zu verfügen habe, sondern nur, wie er seinen Zweck zu erreichen suchen müsse, wenn er irgend eine Handlung (gleichviel welche) von der Parthie zu verlangen habe. So wird hier keineswegs erörtert, was der Richter zu thun habe, wenn der Beklagte auf die Klage nicht antwortet, wenn der Kläger nicht replicirt u. s. w.: sondern es wird nur der Gesichtspunct angegeben, aus welchem die Gesetze überhaupt das gegen Ungehorsame einzuschlagende Verfahren betrachten u. s. w.

streit Veranlassung wird, so muſs da, wo die Leitung des Verfahrens, wie in dem bisherigen gemeinen deutschen Processe, durch richterliche Verfügungen geschieht, die Sorge des Richters sogleich dahin gehen, daſs nicht Verhandlungen vorgenommen werden, welche nachher als nichtig und unwirksam in sich selbst zusammenfallen müſsten. Vor allen Dingen ist daher ein Gegenstand seiner Prüfung die Competenz des Gerichts (§. 54. folg.), über welche ihn eine nähere Betrachtung der Streitsache, der streitenden Theile und der Grenzen seines Amts entscheiden lehrt. Findet er seine Zuständigkeit begründet, so ist ein zweyter Gegenstand seiner sorgfältigen Prüfung der Punkt der Legitimation, sowohl der activen (§, 56.) zur Sache, als zum Processe, und gewiſs ist es ein groſser Fehler des Richters wenn er, wo es sichtbar in Ansehung dieses Punktes fehlt, statt hier sogleich und vor allen Dingen durch eine Verfügung auf die Berichtigung desselben zu dringen, den Anfang der weiteren Verhandlungen auf den bloſsen Zufall hin gestattet, daſs diesem Mangel möglicher Weise in der Folge noch abgeholfen werden könne. Alsdann muſs wieder der Gegenstand des Streites und das Vorbringen der Parthie selbst, wodurch das Verfahren veranlaſst wurde, der richterlichen Prüfung unterworfen werden, damit die Art der hier nothwendigen Verhandlung und ob überhaupt, oder doch schon izt eine weitere Verhandlung zu gestatten sey, bestimmt werden könne, denn der Inhalt der den Anfang der

weiteren Verhandlung begründenden Verfügung wird natürlicher Weise verschiedenartig bestimmt, je nachdem mündliche oder schriftliche Verhandlungen, summarisches oder nicht summarisches Verfahren als nothwendig betrachtet werden mufs. Ist das Gesuch der Parthie, welche das Verfahren veranlafste, ohne Zweifel in der Sache selbst, stets oder doch izt noch, verwerflich, so mufs die Parthie sogleich, ganz oder noch zur Zeit, abgewiesen werden und es können mithin gar keine weiteren Verhandlungen Statt finden, bey wesentlichen Fehlern in der Form 1) hingegen, so wie bey minder wesentlichen Mängeln oder Fehlern wird am besten durch eine Präliminarverfügung 2) des Richters die Verbesserung des, nur angebrachter massen unstatthaften Gesuchs eingeleitet.

§. 124.

Fortsetzung. Von dem Versuche der Güte.

Bevor indessen der Richter, wenn er nach allen den angegebenen Prüfungen keine Gründe findet, um die weitere Verhandlung der Streitsache nicht zu gestatten, diese nun wirklich

1) Hierher gehören auch die ungegründeten Bitten in Ansehung des Processes. Nie darf hier der Richter auf eine, nicht gebetene Procefsart erkennen, es sey denn dafs das Gebetene von dem rechtlich zu Erkennenden sich, in Ansehung der Form, einzig durch Beschleunigung auszeichnete (wie das *allgemeine* summasische im Verhältnisse zum ordentlichen Verfahren) *Gönner* Handb. II. 27. XI.

2) Vorbescheide. Praelocute. Von dem Loquatur.

veranlaſst, machen es ihm die Gesetze 1) zur Pflicht, (was freylich nicht aus dem Begriffe seines Amtes flieſst,) vor allen Dingen, bey wahrhaft zweifelhaften Sachen einen Versuch zu machen, ob er nicht weitläuftige und kostspielige Verhandlungen dadurch verhindern könne, daſs er die Parthieen zu einer vertragsmäſsigen Ausgleichung des Streises zu bewegen sucht. Zu diesem wohlthätigen Zwecke ist es nothwendig, daſs ehe er der in Anspruch genommenen Parthie die Verbindlichkeit auflegt, sich auf die gegen sie angebrachte Forderung einzulassen, beyde Parthieen (wenn es nothwendig und möglich ist) zum persönlichen Erscheinen vor Gerichte in einem bestimmten Termine lade, wobey jedoch mit der Ladung an den beklagten Theil, derselben das Vorbringen des Fordernden mitgetheilt werden muſs, damit er selbst über die einen einzugehenden Vergleich anrathenden oder abrathendenden Gründe nachzudenken im Stande sey. In dem angesetzten Termine ist es Pflicht des Richters, den Parthieen die Gründe, welche einen gütlichen Vergleich rathsam machen können, und ein Project zu dem Vergleiche selbst an die Hand zu geben, aber nie zu vergessen, daſs ein Vergleich eine gütliche Uebereinkunft seyn müsse. Damit er diese Pflicht erfüllen könne, fordert ihn das Gesetz 2) selbst auf „sich von der Sache wohl zu informiren und bey dergleichen gütlichen Vergleichen immer sein Absehen dahin zu haben, daſs die öffentlich ungerechte Sach füh-

1) I. R. A. §. 110.
2) I. R. A. §. 110.

rende Parthie zu demselben nicht gelassen, noch der Recht habende Theil dadurch beschweret, noch auch die Justiz, wider des andern Theiles Willen, verzögert werde.“ Eben weil aber dieses genaue Informiren gleich im Anfange der Regel nach unmöglich ist, so wird öfters der Versuch der Güte mit Erfolg erst während des Gangs der Verhandlungen (etwa vor dem Beweisverfahren) angestellt werden können, was das Gesetz daher auch ausdrücklich nachgiebt 1). Immer muſs über die Verhandlung in dem zu diesem Versuche angesetzten Termine ein genaues Protocoll abgehalten werden, und das Ende des vergeblichen Versuches ist, daſs der Richter nun den Fortgang der Verhandlungen verfügt.

§. 125.

II. *Bestimmungen der Thätigkeit des Richters während des Laufs der Verhandlungen.*

Man umfaſst die Summe der, während des Laufs der Verhandlungen, dem Richter obliegenden Verbindlichkeiten durch den Begriff der Direction des Processes, vermöge welcher er dafür zu sorgen hat, daſs der Rechts-

1) Bey den mehrsten Gerichten Deutschlands wird auf den gesetzlich erforderten Termin zur Güte gar keine Rücksicht mehr genommen. Bey Collegien läſst sich auch wirklich selten groſser Vortheil von demselben versprechen, und die Ueberzeugung, daſs er wenigstens an der Stelle, wo das Gesetz ihn in der Regel hingestellt haben will, zwecklos sey, mag wohl jene gewöhnliche Bestimmung der Praxis erzeugt haben.

streit in der zweckgemäſsen und gesetzlichen Ordnung betrieben und alles, was zu Nichtigkeiten, zu Verwirrung, Verzögerungen und unnöthigen Weitläuftigkeiten Veranlassung geben könnte, vermieden werde. In Ansehung dieser Direction des Processes ist es ein, aus dem Geiste unsrer Gesetzgebung flieſsender Grundsatz: daſs der Richter unbedingt nur negativ thätig seyn könne, das heiſst, nur dafür zu sorgen habe, daſs nicht durch eine fehlerhafte Verhandlung dem Zwecke des gerichtlichen Verfahrens entgegengehandelt werde, daſs aber die positive Thätigkeit desselben d. h. die Sorge für Beförderung und Beschleunigung des legalen Gangs der Verhanglung bedingt sey durch die Aufforderung des streitenden Theiles, welcher ein rechtliches Interesse dabey habe 1) (§ 78.). Vermöge des ersteren Theils seiner Pflicht ist er verbunden, jedes, auch das geringste Vorbringen, der Partheien, so wie jede Handlung, welche vor Gericht geschieht, sogleich genau, in Hinsicht ihrer Relevanz, ihrer Zulässigkeit und der Consequenz der Bitte aus den Prämissen zu prüfen und darauf zu achten, daſs die Verbesserung wahrer Fehler alsbald durch zweckdienliche Decrete eingeleitet werde, damit nicht dadurch vielleicht ganze Theile der Verhandlung mehr oder minder zweckwidrig verbildet werden Eben dahin gehört auch die Sorge für die Erhaltung der Vollständigkeit und der gehörigen Ordnung der Acten, für welche das Gericht durch Paginiren, Foliiren, Quadranguliren und

1) Einzelne scheinbare Ausnahmen dieser Regel werden in der Folge angegeben werden.

Heften, dann durch gehöriges Präsentiren 1) jeder eingelangten Schrift, durch verfertigte Generalprotocolle (protoc. general, termini protocollares) und Verzeichnisse der eingelaufenen und ausgefertigten Sachen (protocolla rerum exhibitarum et expeditarum), sorgt 2). Die Richtungen der positiven Thätigkeit des Richters werden die folgenden §§. darstellen.

§. 126.

Fortsetzung. Ladungen, Auflagen, Termine.

Wenn das Gesuch des fordernden Theils zur Verhandlung angenommen wird, so muſs eine Einleitung des Verfahrens getroffen werden, welche dem beklagten Theile die Möglichkeit, die Gründe seiner Vertheidigung vorzutragen und eine genügende Instruction der ganzen Sache herbeyzuführen, begründet.

Das allgemeine Mittel zu diesem Zwecke sind Ladungen und Auflagedecrete, je nachdem das formelle Verfahren die Instruction der Sache durch persönliches Erscheinen der Parthieen oder durch schriftliches Verhandeln bewirkt haben will.

1) Böse Folgen dieser Unterlassung. a) Unordnung, b) Processe über die Zulässigkeit oder Unzulässigkeit nicht präsentirter Producten. Wer muſs beweisen, daſs das Exhibitum zur rechten Zeit exhibirt sey? Vergl. gegen *Danz* §. 89. *Gönner* zu *Danz* n. XI.

2) Auch die Veranstalltung verschiedener Actenbunde bey zusammengesetzten Streitigkeiten gehört hierhin, wovon in der Folge bei mehreren Gelegenheiten die Rede seyn wird. Ueberh. vergl. *Gönner* Handb. I. 17.

Wie alle Verfügungen in dem Laufe des Verfahrens, so müssen auch diese auf ihren Zweck berechnet seyn, mithin den Parthieen eine deutliche Vorstellung von demjenigen gewähren, was ihnen dadurch aufgelegt oder verstattet werden soll. Es muſs deswegen den Parthieen kein Zweifel übrig bleiben, ob gerade sie gemeint seyen und vor welchem Gerichte, in welcher Sache und auf welche Art sie der Verfügung Genüge leisten sollen. Zugleich muſs in diesen Verfügungen eine Bestimmnng der Zeit enthalten seyn, wann oder in welcher die Parthie das Aufgegebene zu verrichten habe (terminus vel fixus Tagefahrt vel intra quem, Frist, dilatio) (§. 78.) Die Dauer dieser Termine bestimmen bald die Gesetze (Ordnungsfrist), bald überlassen sie die Bestimmung derselben dem richterlichen Ermessen, in welchem Falle denn die Observanz der einzelnen Gerichte, ohne daſs jedoch die Rücksicht auf die Natur der vorzunehmenden Handlung ausgeschlossen wäre, bestimmend ist.

§. 127. *a.*

Fortsetzung. Dilatorische, peremtorische Termine. Fatalien.

Uebrigens ist es für das Wesentliche einerley, ob die bestimmte Handlung, welche eine Parthie vorzunehmen das Recht hat, binnen oder auf einen bestimmten Termin aufgegeben (arctatorische Ladung), oder ob, diese Handlung binnen oder zu einer bestimmten Zeit vorzunehmen, ausdrücklich,

oder stillschweigend (wie bey dem Communicetur zur Nachricht 1)), freygelassen wird (monitorische Ladung). Die Gesetze würden die letztere Art der Ladungen zu einer allgemeinen Form des Verfahrens haben erheben können. Unsre Gesetze aber haben, in Ansehung aller derjenigen Handlungen, welche sie als auf die vollständige Rechtserörterung berechnete Haupthandlungen betrachten, die arctatorische Ladung als allgemeine Form des Verfahrens aufgestellt. Ja sie betrachten es als Regel, daſs der arctatorische Termin erst dann für die aufgegebene Handlung präjudicirend sey, wenn der Richter ein solches Präjudiz an die Versäumung ausdrücklich geknüpft habe, (terminus dilatorius et peremtorius) und sie machen es zu einer Förmlichkeit des solennen Verfahrens, daſs der Richter erst an den dritten Termin dieses Präjudiz knüpfen könne 2). Nur in einzelnen wenigen Ausnahmen erklären die Gesetze eine Zeitfrist für ipso jure peremtorisch (tempus fatale), wodurch denn, in so ferne diese Zeitfristen in richterlichen Ladungen bestimmt

1) Soll indessen dieses ganz der ausdrücklichen monitorischen Ladung gleich seyn, so muſs darin die Zeitbestimmung für die Vornehmung der, auf das communicirte Exhibitum folgenden Handlung ausdrücklich oder stillschweigend angegeben seyn. So ist es eine vollständige monitorische Ladung zur Wahrung der möglichen Rechte des Klägers auf die Triplik, wenn ihm die Duplik zur Nachricht mitgetheilt und der Termin für die Publication der Sentenz bekannt gemacht wird.

2) Cod. VII, 43. c. 8. V. 1. D. fr. 68–70.

werden, die sogenannten fatalia judicis entstehen 1).

§. 127. *b.*

Fortsetzung. Erstreckungen der Termine.

Der angesetzte richterliche Termin läſst indessen, auf geschehenes Verlangen einer

1) Nach gemeinem Rechte sehr zweifelhaft (diss. *Wernher* V. 76), aber den mehrsten Landesordnungen und Gerichtsobservanzen gemäſs, gehört hierher der *Beweistermin.* Das gemeine Recht stimmt hiermit nur in Ansehung des 15tägigen Beweistermins für die exceptio spolii überein.

Daſs übrigens bey dem fatale judicis, anders wie bey den gewöhnlichen peremtorischen Terminen, sich das Präjudiz, ohne vorausgegangene Versäumungsanzeige und richterliches Decret, von selbst realisire, wie selbst *Gönner* glaubt (Handb. II. 32 n. 27), kann, wenn es nicht in der Proceſsordnung besonders bestimmt oder der Observanz, welche dem Beweistermine die peremtorische Kraft verliehen hat, ganz unstreitig gemäſs ist, nicht angenommen werden. Es bleibt dieser Termin immer richterlicher, und es müssen daher, auch wenn er von selbst peremtorisch ist, alle nicht aufgehobenen Grundsätze von richterlichen peremtorischen Terminen ihre Wirksamkeit behalten. Mit mir stimmt *Martin* § 134 überein.

Hierdurch vorzüglich unterscheidet sich das fatale juris (gesetzliche Nothfrist, wie bey dem Gebrauche der Rechtsmittel) sehr von der richterlichen Nothfrist. Ueber das fatale juris hat der Richter gar keine Gewalt. Ob die Parthieen? ist zweifelhaft. Ich glaube es indessen, gestützt auf die Grundsätze vom Conventionalprocesse, mit Jan de prorogatione atque coarctatione

Verlängerung, richterliche Erstreckung (prorogatio) zu. Bey dilatorischen Terminen hat diese keinen Anstand. Bey peremtorischen hingegen kann sie, ohne hinlängliche Gründe, nicht ertheilt werden. Diese Gründe müssen eigentlich von der Art seyn, daſs sie, nach dem Ablaufe der Frist erst vorgetragen, eine Wiedereinsetzung gegen den Ablauf der versäumten Frist rechtlich müſsten erwirken können, und doch soll auch hier noch, bey dem zweyten Prorogationsgesuche, zuvor der Eid für Gefährde abgeschworen werden 1).

Die erstreckte Frist läuft übrigens in der Regel von dem Ablaufe der vorhergehenden an. Daſs aber die verlangte Fristerstreckung auch stillschweigend ertheilt werden könne, ist nur dann wahr, wenn der Richter nicht, vor dem Ende der gebetenen Erstreckung, durch Erkennung des Präclusiv-Decretes auf die Versäumungsanzeige des Gegners, sie stillschweigend abschlägt 2).

fatalis interponandae appellationis, Gissae 1787, trotz der scharfsinnigen Zweifel in *Klübers* kl jurist. Bibl. V. 20. und *von Almendingens* Metaphysik des Civilprocesses S. 171. folg.

1) I. R. A. §. 50.

2) Was man unter der gewöhnlichen Behauptung: daſs eine Fristerstreckung, welche die Gesetze nicht gestattet wissen wollen, für abgeschlagen zu halten sey (*Glück* Erl. der Pand. §. 267), verstehe, kann ich nicht bestimmen. Soll es heiſsen: eine ohne allen Grund gebetene Fristerstreckung ist stillschweigend abgeschlagen? Oder: eine ohne hinlänglichen Grund gebetene? Und woran erkennt man, ob der Richter die

§. 128.

Fortsetzung. Insinuation. Requisitorialien.

Sollen die erwähnten Verfügungen des Richters Wirkung haben, so müssen sie dem, welchem dadurch etwas angesonnen wird, auf die gehörige Art bekannt gemacht (insinuirt) werden, wovon eine Bescheinigung zu den Acten zu bringen ist. Diese Einhändigung muſs dem, an welchen die Verfügung gerichtet ist (bey Streitgenossen jedem besonders, wenn sie nicht einen gemeinschaftlichen Procurator haben), selbst (in faciem oder ad manus), und zwar zu einer Zeit und an einem Orte geschehen, wo er sich nicht dieselbe, wegen Störung seiner Andacht (wie bey Sonn- und Fest- nicht Feyertagen), oder weil er in der Uebung öffentlicher Amtsgeschäfte ausser seinem Hause begriffen sey, verbitten kann. Nur wenn dieses unmöglich ist, kann die Einhändigung durch Abgabe der Verfügung an die Haus- oder Miethsleute, oder auch, wo davon kein Gebrauch gemacht werden kann, durch Anheften derselben an die Stubenthüre in Gegenwart der Nachbarn oder Andrer (ad domum), subsidiarisch geschehen, in welchem Falle aber doch die, nicht unwahrscheinliche und allenfalls

Gründe für hinlänglich gehalten, ob er also stillschweigend gegeben, oder nicht gegeben habe!

Meines Erachtens hat man ein erworbenes Recht auf eine neue Frist erst, wenn sie ertheilt worden ist. So lange aber der Gegner noch kein Recht, unsre Handlung auszuschliessen, erworben hat, haben wir, auch ohne Frist, das Recht zu handeln, noch nicht verloren.

eidlich zu bestärkende Behauptung dessen, an welchen die Ladung gerichtet war, sie nicht erhalten zu haben, alle Wirkungen der geschehenen Insinuation zu vereiteln vermag.

Ein Gericht kann aber natürlich die von ihm verfaſste Verfügung (citatio directa, wenn es eine Ladung ist) nur denjenigen unmittelbar einhändigen lassen, (citatio dir. immediata), welche seinem Gerichtszwange unterworfen sind, sonst muſs dieses durch den Richter, welchem sie unterworfen sind, mittelbar (cit. dir. mediata) oder gar subsidiarisch (cit. subsidiaria) d. h. so, daſs dieser Richter die Verfügung selbst abfaſst, verfügt werden 1). In diesen beyden Fällen sind Requisitionsschreiben, welche nach Entwickelung der veranlassenden Gründe, die Bitte um Einhändigung der beygefügten, oder Ausfertigung der, dem Inhalte nach angegebenen Verfügung, die Bitte um Ertheilung gehöriger Nachricht von der Willfahrung, und zuletzt das Anerbieten zu ähnlichen Gefälligkeiten enthalten 2), das nothwendige Mittel zum Zwecke 3).

Die Kosten für die erlassene Verfügung muſs einstweilen derjenige tragen, welcher sie

1) Die citatio directa mediata tritt ein, wenn dem citirenden Richter über den, nicht binnen den Grenzen seines Gerichtsbezirks sich aufhaltenden Citanden doch die Gerichtsbarkeit zusteht. Ist auch dieses nicht, so kann nur citatio subsidiaria statt finden.

2) Von den Beweisarten der Insinuation.

3) Von den Ladungen und Insinuationen in denjenigen deutschen Landen, wo französisches Verfahren gilt.

veranlaſst hat, welchem auch, damit er seine Rechte wahren könne, Nachricht davon zu ertheilen ist 1).

§. 129.

Fortsetzung. Oeffentliche Ladungen.

Kann auf keine der angegebenen Arten die Insinuation bewirkt werden, weil man z. B. den Namen und Wohnort der zu Ladenden nicht kennt, oder weil die Insinuation an dem Orte ihres Aufenthaltes mit unüberwindlichen Schwierigkeiten verknüpft ist, so tritt an die Stelle der Insinuation öffentliche Bekanntmachung der Ladung (citatio edictalis).

Diese muſs so eingerichtet werden, daſs man annehmen kann, es sey wenigstens die eigene Schuld des zu Ladenden, wenn er von der Ladung keine Nahricht erhalten habe. Uebrigens hängt es von den Umständen und dem Ermessen des Richters ab, wie die öffentliche Bekanntmachung am zweckgemäſsesten geschehen könne, ob durch Einrückung in öffentliche Blätter (und in welche von diesen), durch Anheftung an öffentlichen Plätzen (woher der Name Edictalladung) durch Vorlesen in den versammelten Gemeinen u. d. gl. — Daſs diese Bekanntmachung und wie sie geschehen sey, muſs immer aus darüber zu den Acten zu bringenden Notitzen erhellen 2).

1) Form dieser Benachrichtigung. Gedenkzettel.
2) Von der Zeitzählung bey Terminen.

§. 150.

Contumacialverfahren.

Vorzüglich wichtig ist die Richtung, welche die richterliche Thätigkeit alsdann nehmen mufs, wenn das, was bey einem Rechtsstreite, der richterlichen oder gesetzlichen Verfügung zur Folge, in bestimmter Zeit und Form hätte geschehen oder unterbleiben sollen, nicht beobachtet wird (contumacia) 1).

Diese Contumaz kann bald Nichtbefolgung solcher Verfügungen, seyn, welche eine unbedingte Verbindlichkeit, sey es der Parthie selbst (wie bey rechtskräftigen Erkenntnissen) oder eines Dritten (wie bey Zeugenaussagen und Urkundeneditionen), anerkennen, bald blofse Unterlassung der in bestimmter Zeit auferlegten oder nachgelassenen Verhandlungen der streitenden Theile.

In jenem Falle ist die Contumaz wahrer Ungehorsam und Verletzung bürgerlicher Verbindlichkeiten, es kann daher keinem Zweifel unterworfen seyn, dafs durch zweckgemäfse directe Zwangsmittel (wovon nachher bey der Execution der Sentenzen) der Ungehorsame zu dem schuldigen Gehorsam angehalten werden müsse.

In diesem Falle dagegen ist kein Ungehorsam, sondern nur Versäumung der Termine vorhanden, und da jede processua-

1) *Schmelzer* Contumacialprocefs der höchsten Reichsgerichte S. 2.

lische Verhandlung eines streitenden Theiles auf die Erreichung eines möglichen Vortheils des Handelnden für den Zweck des Verfahrens berechnet ist, so liegt es in der Natur des Verfahrens, daſs zwar, bey dilatorischen Terminen so gut als bey peremtorischen, der Versäumende die Kosten tragen müsse, welche er, durch den für ihn vergeblich angesetzten Termin, vergeblich verursacht hat, daſs aber in der Sache selbst bey versäumten dilatorischen Terminen gar kein, bey den übrigen Terminen hingegen (seyen es monitorische oder arctatorisch-peremtorische) nur derjenige Nachtheil 1) den Versäumenden treffen könne, welchen dieser dadurch, daſs er sich nicht zur rechten Zeit der Vortheile, welche, nach der Ansicht der Gesetze von der Natur einer bestimmten Handlung, durch diese möglicher Weise erworben werden konnten, theilhaftig machte, selbst über sich verhängt hat (§. 78.)

Nicht ganz von diesem, in der Natur der Sache gegründeten Gesichtspuncte giengen die römischen und canonischen Gesetze aus, seitdem aber durch den jüngsten Reichsabschied 2) alle, direct zur Verhandlung zwingende Mittel gesetzlich verbannt worden sind, ist jener Gesichtspunct für uns auch der positiv

1) Will man nur diesen Nachtheil unter poena contumaciae verstehen, so kann man die gewöhnliche Darstellung, daſs, bey versäumten dilatorischen Terminen, nur die poena generalis, bey peremtorischen aber die poena specialis folge, einigermaſsen vertheidigen.

2) §. 36.

gesetzliche geworden, welcher nicht nur alle Formen des Contumacialverfahrens (Präclusionen, Desertionen, fingirte Eingeständnisse u. s. w.) vollständig erklärt, sondern auch das den Richter in allen gesetzlich nicht ausdrücklich bestimmten Fällen einzig mit Sicherheit leitende Princip an die Hand giebt 1).

Kostenerstattung tritt daher so oft ein, als durch den versäumten Termin Kosten vergeblich verursacht worden sind, und selbst der Mangel aller Verschuldung bey der Versäumung kann den Versäumenden von dieser Verbindlichkeit nicht befreien, da der seine Person treffende Zufall dem andern Theile nicht schaden darf 2).

1) Strafe im eigentlichen Sinne erklärt weder die gesetzlichen Folgen der Contumaz, noch giebt sie dem Richter ein leitendes Princip und eine Bestimmung seiner Befugnisse, welche er dagegen in dem obigen Principe findet, sobald er den Zweck einer jeden Handlung kennt. Um die Verbesserung dieser Lehre hat große Verdienste *Gönner* Handb I. 18. Zwar hat ihn *Martin* in progr. de indole contumaciae, Gött. 1802 zu widerlegen gesucht, allein ich kann hier *Martin* so sehr ich anerkenne, daſs es ehemals nicht ganz so war, wie izt, unmöglich beystimmen. Daſs bey der Contumaz des Beklagten lis pro negative contestata angenommen wird, erklärt sich nach *Martins* Princip gar nicht (eine Strafe, welche in vielen Fällen Vortheil seyn kann!); nach dem *Gönnerschen* Princip erklärt es sich vollkommen, wenn man annimmt, daſs, nach dem Gesetze die Antwort des Beklagten in Hinsicht auf mögliche Vortheile des Beklagten, einzig auf die Beybringung der Exceptionen berechnet ist.

2) Hier weiche ich von *Gönner* a. a. O. §. XIV. ab.

Nachtheil in Ansehung der Verhandlung selbst ist dagegen nur dann anzunehmen, wenn es von der Willkühr des Versäumenden abgehangen hatte, sich die an die versäumte Handlung gebundenen Vortheile zu verschaffen und man daher gewissermaſsen sagen kann, er habe, durch die willkührliche Versäumung, auf diese Vortheile verzichtet. Ein solcher Nachtheil kann daher nicht treffen *a*) diejenigen, welche nicht verzichten durften 1) (§. 78. not. 1.), *b*) diejenigen welche, weil sie nicht handeln konnten, nicht wirklich verzichteten, sey es nun, daſs ihnen das zu Verhandelnde damals noch nicht bekannt war, oder daſs sonstige, nicht vorauszusehende Hindernisse sie von dem Handeln mit Nothwendigkeit abhielten (legitima impedimenta, Ehehaften)2). In solchen Fällen darf entweder der, den Versäumenden sonst treffende Nachtheil gar nicht über ihn verhängt, oder er muſs, wenn dieses auch einstweilen (ob contumaciam präsumtam) geschehen ist, gegen den verhängten Nachtheil in den vorigen Stand wieder eingesetzt werden 3).

1) *Gönner* zu *Danz* n. XXXV.

2) Beyspiele in II. 11. D. und andern Stellen.

3) Und zwar ohne Verhandlungen (brevi manu), sobald die angeführten Gründe der Art sind, daſs die Partkie, hätte sie dieselben vorher vorgebracht, gar nicht als verzichtende hätte behandelt werden dürfen. Im französischen Rechte wird durch das Rechtsmittel der Opposition gegen die Contumacial-Erkenntnisse eine noch weiter gehende Hülfe geleistet.

§. 131.

Contumacialanklage, Reinigung von der Contumaz.

Immer aber mufs, wenn das Verfahren, bey versäumten arctatorischen Terminen, weiter geführt werden soll, die Gegenparthie erklären, dafs sie von dem Richter eine Verfügung verlange, in welcher die Folge der Versäumung verwirklicht und dem gemäfs das weitere Verfahren bestimmt werde (vergl. §. 125.). Man nennt dieses eine Contumacialanklage 1), welche, sobald man von dem, aus den versäumten gesetzlichen Nothfristen ipso jure eintretenden Nachtheile absieht, in allen übrigen Fällen, wo die eine Parthie den, aus der Versäumung der andern für sie zu ziehenden Vortheil wirklich erlangen will, so nothwendig ist, dafs, bevor sie geschehen und ihr willfahrt worden ist, die versäumende Parthie immer noch sowohl mit Wirkung um eine neue Frist nachsuchen 2), als auch der Verfügung Folge leisten, und dadurch, wie man sagt, sich von der Contumaz reinigen kann (purgatio contumaciae).

Mit dieser Contumacialbeschuldigung mufs, wenn sie von Wirkung seyn soll, die Bescheinigung, dafs man von seiner Seite der geschehenen Auflage Genüge geleistet habe 3) ver-

1) Cod. III. 1. const. 13. §. 2. Nov. 112. c. 3. Auth. Qui semel Cod. VII. 43.

2) Wenn diese anders überhaupt gestattet werden kann.

3) Denn wenn sich beyde versäumt haben, so hat keiner ein Recht, und es ist, als ob gar kein Termin gestanden hätte (terminus circumducitur).

bunden werden, übrigens wird sie, nach den Regeln der Implorationen, so verfaſst, daſs die Contumaz der Gegenparthie auf die, nach der beyzulegenden Bescheinigung, insinuirte Verfügung, als Geschichtserzählung vorausgeschickt, und dann (gewöhnlich ohne Ausführung) das Gesuch um die weiteren Verfügungen in dem Verfahren beygefügt, das Ganze aber, wenn es nicht protocollarisch abgefaſst wird, wie alle Parthieschriften rubricirt wird.

§. 132.

Von den Beweisführungen.

Insbesondere äussert sich die positive Thätigkeit des Richters während des Laufs der Verhandlungen bey den Beweisführungen, nicht nur, indem er den Beweis auflegt, das Beweisthema festsetzt und die Beweistermine bestimmt, sondern auch, indem er, auf die Aufforderung der den Beweis führenden Parthie, dafür wirkt, daſs aus dem gewählten Beweismittel wirklich die ganze Beweiskraft, welche der Lage der Sache nach darin enthalten ist, entwickelt werde. So giebt es schon der Begriff des Augenscheins, daſs hier faſst alles auf der Thätigkeit des Richters, welcher durch denselben überzeugt werden soll, beruhe, so muſs e r bey der Eidesableistung, durch Belehrung und wirkliche Abnehmung des Eides, seine Thätigkeit äussern, so endlich ist e r es, durch den allein bey dem Zeugenbeweise es möglich wird, daſs dieses Beweismittel Wirksamkeit haben könne. Das Wesentliche der richterlichen Thätigkeit bey

den Beweisführungen ergiebt sich leicht aus der Natur der Beweismittel, durch welche sie zu Stande kommen, die formellen Richtungen dieser Thätigkeit abzuhandeln, ist hier der Ort nicht. Nur in Ansehung der Zeugenbeweisführung wird schon hier eine Bemerkung wichtig, welche, nach der deutschen Gerichtsverfassung, von allgemeinem Interesse ist.

§. 133.

Vernehmung der Zeugen.

Sobald nämlich die beweisführende Parthie erklärt, daſs sie durch bestimmte Zeugen ihren Beweissatz darthun wolle, so wird es Pflicht des Richters, durch Ladungen oder Requisitorialschreiben dafür zu sorgen, daſs diese Zeugen zum Zeugniſsablegen sich stellen, damit alsdann, durch eine zweckmäſsige Vernehmung nach vorhergegangener Vereidung, die möglichst glaubwürdige Aussage derselben wirklich erlangt werde. Die Fragen bey den Verhören müssen kurz, deutlich, bestimmt, nur einen Umstand umfassend 1) und bloſs auf Thatsachen gerichtet seyn, und nie darf der Richter vergessen, daſs die innere Glaubwürdigkeit der Aussagen durch Erforschung der eigentlichen Vorstellung, welche sich der Zeuge von einer Sache macht

1) Vernünftiger würde es freilich seyn, wenn man auch im Civil-Verfahren nicht jeden Umstand, worüber der Zeuge Auskunft geben soll, demselben vorsagte. Unser förmliches Verfahren erkennt aber diese Wahrheit nicht an.

und des Grundes seiner Wissenschaft, aufser Zweifel zu setzen und durch Ausmittelung aller eine jede Begebenheit begleitenden, ihr vorausgehenden und auf sie folgenden Umstände das Ganze in seinem Umfange zu bewahrheiten sey.

Da aber der Richter, welchem in dem Civilverfahren der ganze Stoff zu der Untersuchung geliefert werden mufs, nicht wissen kann, über welche für den Beweissatz wichtige Puncte jeder einzelne von mehreren Zeugen etwas aussagen könne, überdem auch denselben hier dasjenige, was der Zeuge etwa aussagen könnte, nicht interessirt, ausser wenn und in wie ferne der Beweisführer von dieser möglichen Wissenschaft des Zeugen Gebrauch machen will (§. 78.), so ist es natürlich, dafs der Beweisführer, um unnöthige Weitläufigkeiten der Verhöre zu entfernen, dem Richter die verschiedenen einzelnen Punkte, worauf es bey seinem Beweise ankomme, angeben und bey der Benennung der Zeugen jedesmal bestimmen müsse, über welche Punkte jeder derselben Auskunft zu ertheilen im Stande sey (welches man das Directorium nennt). Hierin liegt der Sachgrund, warum in unserm förmlichen Verfahren der Beweisführer selbst die Fragen zu dem Verhöre in Artikelsform aufsetzen und der Zeugenbenennung ein Directorium über die Artikel beyfügen mufs, der andern Parthie hingegen verstattet 1) wird, für die Wah-

1) Nothwendig ist dieses nie, denn für den Zweck der Interrogatorien thätig zu seyn, gebietet dem Richter schon der negative Theil seiner Amtspflicht. (Vergl. indessen §. 190.)

rung ihres Interesses bey der Ausmittelung der inneren und äusseren Glaubwürdigkeit und des Grades der Brauchbarkeit der Zeugenaussagen, durch Entwerfung besonderer, hierauf berechneten Fragen zu den Artikeln (interrogatoria, Fragstücke), thätig zu seyn.

§. 134.

Beweisrotulus.

Denkt man sich einen weitläufigen, durch den Beweis verschiedener einzelnen Punkte, vielleicht auch durch den Gebrauch verschiedenartiger Beweismittel zusammengesetzten Beweis, so ist leicht einzusehen, dafs, bey schriftlichem Verfahren, der Ueberblick über das Resultat des geführten Beweises oft den gröfsten Schwierigkeiten ausgesetzt seyn müsse, wenn nicht dafür gesorgt wird, dafs in Ansehung eines jeden einzelnen Punktes sogleich alles, was der geführte Beweis für denselben ergeben hat, übersehen werden könne. Einer möglichen Verwirrung in dieser Hinsicht vorzubeugen, ist Pflicht des Richters, vermöge der negativen Thätigkeit, welche er, auch unaufgefordert, zur Direction des Processes äussern mufs. Diese Pflicht wird erfüllt, indem der Richter einen Rotulus fertigen läfst, d. h. eine Schrift, in welcher alles, was der geführte Beweis in Ansehung eines jeden einzelnen Punktes ergeben hat, sogleich unter diesen Punkt zusammengestellt wird. Die Gesetze dringen vorzüglich bey dem Zeugenbeweise auf die

Fertigung eines solchen Rotulus 1), dieselbe kann aber auch bey dem Urkundenbeweise und bey combinirten Beweisen grofsen Nutzen gewähren.

§. 135.

III. *Bestimmungen der Thätigkeit des Richters nach geendigten Verhandlungen der Parthieen.*

Mit den Beweisführungen schliefsen sich nothwendig die Verhandlungen, denn da durch sie dem Richter die Ueberzeugung von der Wahrheit, oder Unwahrheit der behaupteten Thatumstände verschaft seyn mufs, so bedarf es nun nur noch einer Reflexion auf die Identität der in diesen enthaltenen Merkmale mit den Merkmalen der gesetzlichen Voraussetzung, um entscheiden zu können, auf welcher Parthie Seite das von dem Staate zu garantirende Recht sey. Diese Reflexion und die aus ihr hervorgehende Fällung der e n d l i c h e n E n t s c h e i d u n g sind daher nun die nothwendigen Richtungen, welche die Thätigkeit des Richters nehmen mufs. Von der Art und Weise, wie diese Entscheidung abgefafst werden mufs, wird im folgenden Abschnitte gehandelt werden. Die gefällte Entscheidung mufs in einem dazu

1) J. R. A. §. 52.

Von den Eintheilungen des Richteramtes in das ergänzende und ruhende (suppletorium et conquiescens) und der heutzutage unnützen in das mildrichterliche (nobile) und strenge (mercenarium), welcher die unnütze clausula salutaris der Procefsschriften ihren Ursprung dankt.

angesetzten Termine den Parthieen eröffnet, und in dem über diesen Act abzuhaltenden Protocoll Tag, Stunde und Minute der Eröffnung bemerkt werden; denn von dieser Zeit an läuft den Parthieen die zehntägige gesetzliche Nothfrist, binnen welcher sie sich, wenn nicht das Urtheil formales Recht gründend (rechtskräftig) werden soll, erklären müssen, daſs sie eine nochmalige Prüfung und Entscheidung des entschiedenen Rechtsstreites verlangen 1).

Das Verfahren des Richters in der zweyten Instanz ist übrigens, sobald einmal die Ansetzung der Termine zur Anbringung der Beschwerden über die erste Entscheidung geschehen ist, und diese Beschwerden angebracht worden sind, von dem in der ersten Instanz nicht verschieden.

§. 136.

Fortsetzung. Vollstreckung des Urtheils.

Ist die Entscheidung rechtskräftig geworden, so ist es Pflicht des Richters, sie, wenn die Parthieen ihr nicht freywillig Folge leisten (Gelebung) nach vorheriger Androhung 2) der Hülfe (Execution) bey versäumtem Gelebungstermine, durch Zwangsmittel zu realisiren,

1) Was hier von der Publication des Endurtheils gesagt worden, gilt natürlicherweise eben so von der Publication jeder, auch interlocutorischen Sentenz, gegen welche die Ergreifung eines Rechtsmittels verstattet wird.

2) Dieses ist, wenn nicht das Verfahren Nichtigkeiten ausgesetzt seyn soll (§. 79.), schlechterdings nothwendig. *Martin* a. a. O. §. 188.

jedoch, weil auch dieses Ausfluſs der positiven richterlichen Thätigkeit ist, nur auf Ansuchen der Parthie, welche die Vollstreckung wünscht. Der Zwangsmittel giebt es mehrerley, z. B. Strafbefehle, Einlegung von Executoren (beydes vorzüglich, wenn bey schuldigen Zahlungen der böse Willen des Schuldners zu überwinden ist), Abnehmung der beweglichen, Einweisung in unbewegliche Sachen, (beydes, wenn die bewegliche oder unbewegliche Sache selbst nach dem Urtheile geleistet werden soll), Auspfändung, Versteigerung der Immobilien, wo die Auspfändung nicht hinreicht, (beydes vorzüglich, wenn Zahlungsunfähigkeiten den Grund enthält, warum dem Urtheile nicht gelebt wird), Beschlagnehmung von Ausständen, Zwang zum Arbeiten, Arrest, etc. 1). In Ansehung dieser Mittel gilt für den Richter im Allgemeinen die Regel, daſs er von denjenigen, welche, der Natur des Falls nach, als zweckgemäſs erscheinen, immer dasjenige wähle, welches für den zu Zwingenden am wenigsten drückend ist.

Uebrigens flieſst es aus der Natur der Sache, daſs, wenn zwar im Urtheile eine Verbindlichkeit der einen Parthie, aber vor der Hand noch ohne genauere Bestimmung ihrer Quantität, (wie bey Proceſskosten, Entschädigungen und dergleichen häufig der Fall ist) anerkannt ist, die Vollstreckung nicht eher, als nach erfolgter genaueren Bestimmung (Specification, Liquidation) durch die siegende Parthie, ver-

1) Vergl. XLII. 1. D. fr. 15 31. Cod. VII. 53. etc. vorzüglich *Martin* a. a. O. §. 184. u. folg.

hängt werden könne, in welchem Falle zwar, sobald Zweifel gegen die Richtigkeit der Liquidation erhoben werden, auch hierüber ein Verfahren, jedoch nur ein summarisches, wie über einen Incidentpunkt, verstattet werden muſs.

§. 137.

Anhang. Von Commissionen.

Nicht selten würde es unnöthig, ja bisweilen unmöglich seyn, wenn ein Gericht alle einzelnen, zur Ausübung seiner Gerichtsbarkeit gehörenden Handlungen in der Art, wie es organisirt ist, selbst vornehmen wollte. Alsdann ist es befugt, seine Gerichtsbarkeit in diesen Handlungen durch Einzelne aus seiner Mitte, vermöge eines denselben ertheilten Auftrags, ausüben zu lassen.

Ein solcher Auftrag kann sich indessen nie weiter erstrecken, als auf die Handlungen, in Ansehung welcher die bezeichneten Gründe zu seiner Ertheilung vorhanden sind, und diese können bey administratorischen Gerichten höchstens nur in Ansehung sämmtlicher zur Instruction einer Sache gehörenden Handlungen, nie aber in Ansehung der Entscheidung der Sache selbst vorhanden seyn, so daſs daher von der weiter gehenden Befugniſs der römischen Prätoren zur Uebertragung ihrer jurisdictio nur noch auf Patrimonalgerichtsherren eine analogische Anwendung gemacht werden kann, welche allerdings, auch noch heutzutags, befugt und mitunter verbunden sind,

die Ausübung ihrer ganzen Gerichtsbarkeit Justitiarien aufzutragen.

Wenn administratorische Gerichte Einzelnen aus ihrer Mitte Aufträge der bezeichneten Art ertheilen, so pflegt man dieses zwar in dem gemeinen Leben auch Commissionen zu nennen, rechtlich aber gebührt solchen Aufträgen dieser Namen nicht und man würde sehr irren, wenn man das rechtliche Verhältniſs der auf diese Weise Beauftragten, welche die Kunstsprache Deputirte nennt, von den gesetzlichen Bestimmungen über die Commissarien im eigentlichen Sinne des Worts ableiten wollte. Mit diesen stehen sie zwar in so ferne gleich, als ihre Befugnisse auf einem besondern Auftrage beruhen, welcher ihnen Legitimation und eine ohne Nichtigkeit nicht zu überschreitende Norm für ihre Handlungen ist, dagegen unterscheiden sie sich aber dadurch auf das bestimmteste von ihnen, daſs sie an die Stelle des den Auftrag ertheilenden Gerichts treten und daſs daher von ihren Schritten keineswegs an das Gericht, für welches sie handelten und dessen Gerichtsbarkeit sie ausübten, appellirt, sondern dieses höchstens nur darum, ob es zu diesen Schritten Auftrag ertheilt habe und sie genehmige, angefragt werden kann, während die eigentlichen Commissarien 1) nie an die Stelle des Committenten treten, sondern eine von der höchsten Gewalt ihnen auſser der Ordnung

1) *Rutger Ruland* tr. de commissar. et commissionibus etc. *Seiler* vindiciae potestatis camerae imper. supr. decernendi commissiones ad integram causam. Erl. 1793.

übertragene eigene, dem Committenten subordinirte Gerichtsbarkeit, anstatt eines ordentlichen dem Committenten gleichfalls subordinirten Gerichts, ausüben. Dergleichen Commissionen werden, wenn die ordentlichen Gerichte aus rechtlichen Gründen keine Thätigkeit äussern dürfen, oder beyde Theile sich die Thätigkeit derselben verbitten, von dem zunächst vorgesetzten Gerichte, aber nicht vermöge seiner Gerichtsbarkeit, sondern vermöge des ihm von der höchsten Gewalt gegebenen Rechtes der Aufsicht über die unteren Gerichte, ertheilt und nur wenn das höchste ordentliche Gericht, aus den angeführten Gründen, keine Thätigkeit äussern kann, bestimmt die höchste Regierung unmittelbar die Commission, welche an dessen Stelle treten soll.

Aus andern, als den angezeigten Gründen, können weder Obergerichte, noch auch die höchste Regierung selbst Commissionen für einzelne Civil-Justizsachen rechtlich erkennen, weil beyde den Parthieen oder der einen Parthie ihr gegründetes Recht, von ihrem ordentlichen Richter gerichtet zu werden, wider ihren Willen, nicht entziehen dürfen 1).

Wenn obere Gerichte solche Commissionen an die Stelle der ihnen untergeordneten Gerichte erkennen, so ist die von ihnen, vermöge ihres Aufsichtsrechtes, ertheilte ausserordentliche Gerichtsbarkeit ihrer höheren Gerichts-

1) J. R. A. § 108. 109. W. K. art. XVI. §. 1. Gönner Handb. I. 1. und die daselbst angef. Es versteht sich, daſs hier von reinen Justizsachen die Rede ist.

barkeit eben so subordinirt, wie es die Gerichtsbarkeit des ordentlichen Gerichts war, an dessen Stelle die Commission ernannt wurde und daher wird nun von den Commissarien eben so gut an das committirende Obergericht appellirt, als von dem ordentlichen wegfallenden Gerichte an dasselbe würde haben appellirt werden können.

Die ausserordentlichen Kosten der Commission mufs, wenn allein das Gesuch einer Parthie die Ursache zu ihrer Ertheilung war, diese Parthie tragen, und immer steht es in diesem Falle der andern Parthie, so wie, bey von Amtswegen niedergesetzten Commissionen, jeder Parthie frey, nicht nur, durch Vorstellungen, für die Aufhebung der ganzen Commission zu wirken, sondern auch den gewählten Commissarius aus denselben Gründen und auf dieselbe Art sich zu verbitten, wie dieses in Ansehung des Richters selbst geschehen kann und mufs.

Zweyter Absatz.

Besondere Regeln für die Entwerfung richterlicher Verfügungen, die beste Art richterlicher Vorträge und die Abfassung der Berichte.

§. 138.

Einleitung.

Das Resultat der bisherigen Entwickelung ist, dafs, so verschieden auch die Richtungen

der Thätigkeit des Richters sind, die Aeufserung derselben doch immer in zu erlassenden, mittelbar oder unmittelbar die Entscheidung der Sache bezweckenden Verfügungen bestehe, welche aber in Ansehung ihres Inhalts nothwendig eben so verschieden sind, als die angedeuteten Richtungen der Thätigkeit des Richters. In Ansehung der Art ihrer Entwerfung ist zwar nicht zu verkennen, dafs bey jedem Gerichte, zumal bey Collegien, eine gewisse, durch Observanz zu bestimmende Gleichförmigkeit nothwendig beobachtet werden müsse, wie verschieden aber auch diese Observanzen seyn mögen, so ist doch gewifs, dafs durch sie den allgemeinen Regeln, welche sich aus dem Begriffe des Zweckgemäfsen aufstellen lassen, kein Abbruch geschehen und dafs daher nur die Wahl unter mehreren zweckgemäfsen Arten der Entwerfung durch sie bestimmt werden könne.

§. 159.

Regeln für die Entwerfung aller Verfügungen.

Der Zweck einer jeden richterlichen Verfügung ist: dafs etwas ihr gemäfs geschehen solle. Was dieses auch sey und durch wen es geschehen soll, so mufs immer die Verfügung so entworfen werden, dafs durch sie demjenigen, an welchen sie gerichtet wird, die deutlichste Vorstellung von dem entstehen könne, was durch sie, der Absicht des Richters gemäfs, ausgedruckt werden soll. Die Verfügung sey daher bestimmt, bündig, umfassend

und, so ferne es möglich ist, frey von allen einer Wissenschaft eigenen Kunstausdrücken. Diesem gemäſs ist es Pflicht, auch darüber keinen Zweifel zu lassen, zu welcher Sache die Verfügung gehöre, und durch welche Veranlassung sie entstanden sey, welches am schicklichsten durch die Eingangsworte geschieht. In diesen kann auch der Name des verfügenden Gerichts ausgedruckt werden, wenn dieses nicht, wie bey den bloſsen Decreten gewöhnlich ist, durch die Unterschrift geschieht. Die Zeit der Ausfertigung wird nur bey solchen Verfügungen bemerkt, welche nicht in einem besondern Termine eröffnet, sondern insinuirt werden.

Ueberhaupt darf nichts von demjenigen fehlen, was dazu gehört, die Rechtmäſsigkeit der Verfügung zu beurtheilen, indessen ist es doch nicht üblich, die Gründe, welche den Richter zu der Verfügung bewogen haben, in derselben auszudrücken. Nur die Praelocute machen hier, indem sie eine zu bewirkende Verbesserung anempfehlen, eine Ausnahme und auch sonst kann eine kurze Andeutung des Grundes bey Verfügungen, welche dem Anscheine nach nicht Statt finden konnten, in so ferne räthlich seyn, als dadurch öfters auf die leichteste Weise unnöthigen Beschwerdeführungen vorgebeugt werden kann 1). Der Ton in allen richterlichen

1) Daher die Eintheilung der Decrete in einfache und motivirte. — In Urtheilen sollte eine gedrängte Angabe der Gründe, wenn auch nicht, wie es in einigen Landen auf eine Nachahmung verdienende Art verordnet ist, allen, doch wenigstens den höchsten Gerichten zur

Verfügungen ist übrigens der sanft gebietende 1).

§. 140.

Insbesondere von den Urtheilen.

Vorzüglich haben die eigentlichen Entscheidungen oder Urtheile (sie seyen nun interlocutorische oder endliche) eine, in Ansehung des Eingangs, des Anfangs und des Endes, fast allgemein auf eine ähnliche Art bestimmte Form. Der Eingang nämlich enthält immer die genaue Benennung und Bezeichnung der streitenden Theile, unter welchen mit demjenigen, welcher das letzte Verfahren veranlaſst hat, der Anfang gemacht wird 2), worauf durch die Formel: wird hiermit zu Recht erkannt, oder (wenn es bey dem Gerichte gewöhnlich ist, den Namen des Gerichtes, welcher bey vielen an das Ende gesetzt wird, in die Einlei-

Pflicht gemacht werden. In manchen Landen werden, statt die Gründe in das Urtheil zu rücken, den Parthieen die Relationen mitgetheilt.

1) Rescripte, welche Verfügungen des Oberen an einen Untergebenen sind, der nicht als Parthie in der Streitsache zu betrachten ist, sind in Ansehung der inneren Form, als Verfügungen, mit den Decreten übereinstimmend, sie unterscheiden sich aber von diesen dadurch, daſs sie in der Briefform abgefaſst werden. — Neuere Einrichtung des Rescriptsstyls vom Reichshofräthlichen Verfahren entnommen.

Von den Signaturen.

2) Die Benennung der Haupttheile der Acten ist eine unnütze Formalität.

tung zu setzen): erkennen wir u. s. w. für Recht, der Uebergang zu dem einzurückenden Anfange des Urtheils selbst gemacht wird. Der Schluſs ist gewöhnlich bey allen Urtheilen: von Rechts wegen, bey interlocutorischen noch: worauf alsdann weiter ergehet, was Recht ist. Bey vielen Gerichten hat man noch eine Menge, nach Verschiedenheit des Inhaltes zu gebrauchender Urtheilsformeln, indessen wird der denkende Praktiker, wo es ihm möglich ist, suchen, die behaupteten Observanzen immer mehr mit den nothwendigen Regeln des reinen Geschäftsstyls auszusöhnen.

§. 141.

Fortsetzung.

Was die innere Form des Urtheils selbst betrifft, so treten ganz die Bestimmungen des §. 139 ein, ausserdem aber kömmt es, weil das Urtheil, als umfassend, oft mehrere Punkte berühren muſs, auf die Beobachtung einer guten Ordnung an. Aus der Verbindung, in welcher diese mehreren Punkte unter sich stehen, muſs alsdann die Ordnung, in welcher man die sie betreffenden Verfügungen in dem Urtheile auf einander folgen läſst, vorzüglich bestimmt werden. Daraus folgt denn von selbst, daſs man von den nöthigen Präliminarverfügungen 1) immer den Anfang macht, und mit dem

1) Zu diesen gehört auch gewöhnlich die Entscheidung, ob einer vorherigen durch ein Urtheil bestimmten Auflage Genüge geschehen sey, welches Genügeleisten durch die Worte: so hat es hierbey sein Bewenden ausgedrückt wird.

Nebenpunkte der Kosten, (bey Endurtheilen) jedesmal beschliefst. Ausserdem ist es, nach dem Verhältnisse des Urtheils zu der Bitte des Klägers, natürlich, dafs man, wo verurtheilende mit lossprechenden Erkenntnissen zu verbinden sind, den verurtheilenden Theil des Erkenntnisses vorausschickt.

Sind Zwischenurtheile mit endlichen Erkenntnissen zu verbinden, so kömmt es darauf an, ob diese Verbindung über den nämlichen Punkt, so dafs die Folgen des Interlocuts das Endurtheil bedingen sollen, erfordert werde, oder ob über den einen Punkt interlocutorisch, über den andern unbedingt endlich zu erkennen sey. Das erstere darf in der Regel nicht vorkommen, ausgenommen *a*) bey Erkenntnissen auf den Erfüllungs- und Reinigungseid, wo das Interlocut immer voraus gehet, und *b*) bey nachzulassenden Beweisen 1), wo das Beweisinterlocut immer durch die Formel: es könnte und wollte denn N.N.— beweisen, welchenfalls der Hauptsache und Kosten wegen weiter ergienge, was Recht ist — dem endlichen Erkenntnisse angehängt wird.

Ist dagegen das letztere, so läfst sich keine erschöpfende Regel geben, obgleich wenn die Verbindung der einzelnen Punkte unter sich

1) Nachgelassene Beweise dürfen aber eigentlich nur vorkommen *a*) in Hinsicht der Einreden, wenn Beweis der Klage geführt worden ist, *b*) in Hinsicht der Klage, wenn der Kläger vergeblich anticipirte Beweise zu führen versucht hat, wo alsdann besserer Beweis nachzulassen ist.

keine Bestimmung an die Hand giebt, es am schicklichsten seyn mag, das Interlocut dem condemnatorischen Theile der Sentenz nachfolgen, dem absolutorischen aber vorausgehen zu lassen, wo dann in dem ersteren Falle den Endworten des Interlocuts das Wörtchen diesfalls beygesetzt zu werden pflegt.

Die Fassung des Urtheils in eine Periode kann nur bey einfachen, aber nicht wohl bey zusammengesetzten Urtheilen empfohlen werden.

§. 142.

Relationen, Berichte.

Sobald das Gericht ein Collegium ist, so wäre es theils unmöglich, theils zeitverderbend und unzweckmäfsig, wenn jedes Mitglied des Collegiums alle Acten in allen Sachen selbst lesen, oder sie doch sich insgesammt vorlesen lassen sollte. Dennoch kann nur durch die gesammte Stimme aller, das Collegium bildenden Individuen eine Verfügung und Entscheidung des Collegiums zu Stande kommen, es ist daher nothwendig, dafs eines oder einige der Mitglieder des Collegiums dazu bestellt werden, die Acten genau durchzulesen und über die zu treffende Verfügung oder Entscheidung nachzudenken, um alsdann, durch einen hierüber zu haltenden, mündlichen oder schriftlichen Vortrag, die übrigen Mitglieder, ohne grofsen Zeitverlust, von allem, was für die gegenwärtig zu treffende Verfügung Erwägung verdient, zu unterrichten. Solche Vorträge eines Mitgliedes des Collegiums an seine Collegen nennt

man Relationen (nebst Gutachten) (relationes cum voto), das vortragende Mitglied den Referenten und das Mitglied, welches zu derselben Arbeit bestimmt wird, um bey dem Vortrage die Controlle zu führen, den Coreferenten 1).

Eine ähnliche Arbeit sind die Berichte. Man versteht darunter Benachrichtigungen, oder geschichtliche Darstellungen, mit oder ohne Gutachten, welche von dem Untergebenen an den Vorgesetzten in Amtssachen gefertigt werden.

§. 143.

Von Relationen 2). Bestandtheile und Haupteigenschaften derselben.

Die Bestandtheile jeder Relation ergeben sich aus ihrem Begriffe. (§. 142.). Jede Rela-

1) Nur bey wichtigeren Sachen wird gewöhnlich ein solcher bestellt. Da es aber überall nothwendig ist, daſs der Referent eine Controlle habe, damit er nicht unbedingt das Collegium beherrschen könne und für die Parthieen der Vortheil, welchen ihnen eine collegialische Beurtheilung ihrer Rechtssache verspricht, nicht verloren gehe, so verdient die groſsherzl. Hessische Verordnung, nach welcher in jeder Sache ein Coreferent bestellt werden soll, allgemeine Nachahmung.

2) Eine sehr empfehlungswürdige Anleitung zur Abfassung der Relationen hat *Martin* geliefert unter dem Titel: Anleitung zu dem Referiren über Rechtssachen Gött. 1809. Weder *Claproths* Grundsätze von Verfertigung der Relationen 4te Aufl. 1789, noch *Pütters* Bemerk. über die beste Art aus Acten zu referiren 1797 genügten. Die

tion soll nämlich *a*) die Mitglieder des Gerichts von dem bisherigen Sachverhältnisse, zwar in der möglichsten Kürze, aber doch vollständig unterrichten, und dann *b*) die Entscheidung des Gerichts, durch Vorlegung der auf Gründe gestützten Meinung des Referenten von dem, was nun in der Sache geschehen müsse, erleichtern. Derjenige Theil der Relation, welcher den ersteren Zweck zu erreichen sucht, wird daher mit Recht den Namen des historischen, oder, weil er nur als Einleitung zu dem folgenden dient, des präparatorischen, derjenige Theil dagegen, welcher die Erreichung des letzteren Zweckes zu seinem Gegenstande hat, den Namen des dogmatischen, critischen, oder entscheidenden führen.

Der historische Theil wird dann gewiſs die nothwendige Vollkommenheit erreichen, wenn der Referent bey der Arbeit nicht vergiſst, daſs durch ihn die Mitglieder des Collegs von dem bisher geschehenen, in so ferne von diesem die künftig zu ergreifenden Maasregeln wirklich, oder der Meinung der streitenden Theile nach abhängen, so genau unterrichtet werden sollen, als ob sie selbst die Acten gelesen hätten. Der historische Theil muſs daher so gearbeitet seyn, daſs beyde Parthieen, wenn sie gegenwärtig wären, mit demselben eben so zufrieden seyn müſsten, als sie

Regeln, welche *Gönner* in seiner Anleit. z. jur. Praxis giebt, sind gut und waren, vor der Erscheinung des *Martinschen* Werkchens, die besten, welche wir hatten.

es mit den ganzen Acten seyn müssen. Der dogmatische Theil muſs keinem gegründeten Zweifel Raum lassen, und mithin moralische Überzeugung abnöthigen.

§. 144.

Der historische Theil. Nähere Bestandtheile desselben.

Durch den historischen Theil der Relation soll dem Gerichte eine getreue Darstellung alles desjenigen, was bisher in einer bestimmten Streitsache geschehen ist, geliefert werden, in so ferne dasselbe für dasjenige, was izt darin geschehen soll, als Einleitung betrachtet werden kann. Zu diesem bisher Geschehenen gehört nun *a*) der Gang der bisherigen Verhandlungen (Procefsgeschichte) *b*) sobald es auf Sachbeurtheilung ankömmt, der Inhalt der Verhandlungen (extractus actorum im weiteren Sinne). Hierbey werden denn wieder theils die unbestrittenen Thatsachen, welche der Klage vorausgiengen (species facti, Geschichtserzählung), wenn dergleichen vorhanden sind, dargestellt, theils muſs das übrige, was die Acten als Gegenstand der Beurtheilung liefern, (Actenextract im engeren Sinne), erzählt werden.

Hieraus ergeben sich die einzelnen Abtheilungen des historischen Theiles der Relation, von welchen jedoch, ihrem Zwecke und der chronologischen Ordnung nach, die Geschichtserzählung nothwendig die erste Stelle einnimmt.

§. 145.

a) *Eigentliche Geschichtserzählung*

Der Stoff der Geschichtserzählung besteht in allen unbestrittenen Thatsachen, welche dem Anfange des gerichtlichen Streites vorausgiengen, und welche auf den zu fassenden Beschlufs, entweder wirklich oder nach der Meinung eines der streitenden Theile, Einflufs haben. Mögen diese Thatsachen durch die ersten, oder durch die letzten Vorträge der Parthieen, oder selbst durch die geführten Beweise zur actenmäfsigen Wissenschaft des Richters gekommen seyn, alles dieses ist vollkommen einerley, sobald sie nur wirklich von den streitenden Theilen als nun unbestritten vorausgesetzt werden. Dagegen gehört keine, wenn auch nach des Referenten Ueberzeugung noch so unzweifelhaft und auf das vollständigste bewiesene Thatsache in die Geschichtserzählung, wenn sie nur eine Parthie nicht (sey es auch ohne allen Grund) eben so betrachtet, denn nie darf der Referent sein Urtheil, welches er als Resultat in dem dogmatischen Theile der Relation vortragen mufs, durch Einwebung in die Geschichtserzählung, seinen Collegen mittelbar aufzwingen.

Der Zweck dieser Arbeit erfordert Deutlichkeit und Ausführlichkeit, aber keine Weitläufigkeit, strenge chronologische Ordnung, aber keineswegs unnütze Anhäufung überflüssiger Zeitangaben in dem Texte 1); endlich

1) In den Marginalien können alle enthalten seyn.

einen kalten und bestimmten Vortrag, weswegen Vermeidung des künstlichen Periodenbaus (jedoch ohne darum die juristische Einheit des Geschäfts durch Vervielfältigung der Sätze in der Darstellung aus den Augen zu verlieren), und Gebrauch des positiven Styls sehr zu empfehlen sind. Der Schluſs der Geschichtserzählung macht jedesmal die Darstellung des Punktes, worüber der Streit angegangen ist.

§. 146.

b) *Proceſsgeschichte.*

Die Proceſsgeschichte, welche sich an die eigentliche Geschichtserzählung anknüpft, ist die Darstellung des Gangs der bisherigen Verhandlungen. Als solche enthält sie keineswegs eine Anführung des Inhaltes der Verhandlungen der Parthieen, sondern nur eine Erzählung, daſs diese Verhandlungen erfolgt seyen, wohl aber gehört in sie eine Anführung der Bitten der Parthieen und des Inhaltes der gerichtlichen Verfügungen und Entscheidungen in so ferne, als durch dieselben der fernere Gang der Verhandlungen bestimmt wurde. Ueberhaupt ist hierbey zu bemerken, 1.) daſs, so sehr auch die Proceſsgeschichte ein nothwendiges Stück der Relation ist, dennoch, wegen der innigen Verbindung zwischen dem Gange der Verhandlungen und ihrem Inhalte, eine reelle Trennung derselben von dem eigentlichen Actenextracte nur dann nothwendig sey, wenn *a*) in dem Extracte mehrere Punkte abgesondert werden

müssen, in welchem Falle der Lauf des Processes weder bey dem einen, noch bey dem andern ausschliefsend vorgetragen werden könnte, oder wenn *b*) der Procefs aus mehreren Verfahren und Urtheilen besteht, in welchem Falle eine abgesonderte Procefsgeschichte, die mit den Urtheilen das Resultat eines ganzen geendigten Verfahrens liefert, den Actenextract, der alsdann, der Regel nach, nicht von einem jeden Verfahren besonders geliefert zu werden braucht, ausserordentlich abkürzt, oder wenn endlich, *c*) wegen der Weitläufigkeit der Verhandlungen und der Schwierigkeit einer richtigen Auffassung ihres Inhalts, die chronologische Folge in der Darstellung der Behauptungen der Parthieen und der Beweise keine deutliche Einsicht in den Gegenstand der Beurtheilung des Gerichtes gewähren würde.
2.) Dafs die Darstellung des Laufs des Processes nur in so ferne einen Platz finde, als durch dieselbe wirklich eine Einleitung zu dem Gegenstande der Beurtheilung der Relation geliefert wird, dafs sie mithin so oft, als sie nur zur Erhaltung des Zusammenhangs des Ganzen gebraucht werden kann, ganz abgekürzt, und, mit Uebergehung aller processualischen blofsen Decrete und abgefertigten Sachen, gearbeitet werden müsse.

§. 147.

c) *Actenextract.*

Der Actenextract wird geliefert, indem der Referent den wesentlichen 1), in den bisherigen Theilen der Relation noch nicht dargestellten Inhalt der Actenstücke, mit der gröſsten Bündigkeit, vorträgt, in so ferne nämlich derselbe für die Prüfung der vorzutragenden Entscheidung von Bedeutung ist, oder doch von einem der streitenden Theile aus diesem Gesichtspunkte betrachtet wird. Nicht also der Inhalt längst befolgter Verfügungen und Auflagen, nicht längst beseitigte Punkte, nicht Wiederholungen und Declamationen der Schriftenverfasser können in dieser Arbeit einen Platz finden, deren Zweck vielmehr dahin geht, den Mitgliedern des Collegiums, durch Uebergehung alles Ueberflüssigen und Unnöthigen, den für die Prüfung und Entscheidung der Sache, eine Berücksichtigung fordernden Inhalt der Acten auf eine Art bekannt zu machen, welche sie der Mühe, sich denselben aus dem Schwalle unnöthiger, in den Acten enthaltenen Ausführungen hervorzusuchen, überhebt.

Nie darf aber diese Arbeit bloſse Handarbeit seyn, sie kann aber selbst anziehende Kopfarbeit werden, wenn man da, wo es das Gesetz der Deutlichkeit verlangt, künstlich extrahirt.

1) Hiermit soll aber nicht geläugnet werden, daſs, zumal bey dem Extracte des Beweisverfahrens, nicht haufig der Anführung der eigenen in den Acten enthaltenen Worte nothwendig sey.

Man versteht unter künstlichen Extracten, *a*) wenn man zwar die zu extrahirenden Actenstücke nach ihrer chronologischen Ordnung, den Inhalt eines jeden einzelnen Stücks aber in der, den Gesetzen einer richtigen Gedankenverbindung entsprechenden Form darstellt, oder wenn man *b*) den Inhalt sämmtlicher Actenstücke, ohne Rücksicht auf die Zeitfolge der einzelnen Vorträge, in einem für die höchste Deutlichkeit geordneten Systeme vorträgt.

Die erstere Art künstlicher Extracte mufs immer gebraucht werden, sobald ein zu extrahirendes Actenstück nicht vollkommen richtig geordnet erscheint. Die zweyte dagegen kann nur dann angewendet werden, wenn der Actenextract, abgesondert von der Procefsgeschichte, vorgetragen werden mufs (§. 146.). Ausführungen der Parthieen über rechtliche Controversen werden am besten im Extracte nur angedeutet und erst im Gutachten dargestellt.

Da man übrigens in dem Extracte Dritte reden läfst, so ist es die relative Schreibart, in welcher diese Arbeit gefertigt werden mufs.

§. 148.

2) *Der dogmatische Theil.*

Nach geendigtem Vortrage desjenigen, was bisher in der Sache geschehen ist, geht der Referent zu dem dogmatischen Theile seiner Arbeit über, in welchem er seine Meinung über das, was nunmehr von dem Gerichte zu verfügen sey (votum), vorträgt und ihre Richtigkeit durch Gründe ausser Zweifel zu setzen

sucht. Wenn die gründliche Einsicht in die Richtigkeit dieser vorzutragenden Meinung dadurch gewinnen kann, daſs man sie als das Resultat der Beantwortung mehrerer für die Entscheidung wichtiger Fragen darstellt, so muſs der Referent dieses nicht versäumen. Die hier wichtigen Fragen müssen sich ihm, wenn der Actenextract richtig gefertigt ist, ganz natürlich darbieten, ihre Aufstellung bewirkt dann die Verbindung des historischen Theils mit dem dogmatischen, und, nachdem jede einzelne Frage gründlich beantwortet ist (Specialvota), bilden die Resultate dieser Beantwortungen, ohne weitere Begründung, das allgemeine Gutachten (Generalvotum).

§. 149.

Entscheidungs- Zweifelsgründe.

Der Aufgabe, die Gründe für die ausgesprochene Meinung zu entwickeln, kann der Referent nicht besser, als dadurch genügen, daſs er zuerst, in einer natürlichen Ordnung, diejenigen Gründe, auf welchen seine Meinung unmittelbar beruht, als die Prämissen, woraus seine Behauptung wie ein nothwendiger Schluſs folgt, (welches man die Entscheidungsgründe nennt) darlegt, und dann diejenigen Gründe, aus welchen Zweifel gegen die Richtigkeit der Prämissen, oder die Bündigkeit des Schlusses abgeleitet werden können (Zweifelsgründe), bemerkt und sogleich gründlich widerlegt.

Durch die Beobachtung dieser Methode wird nicht nur, da eine erwiesene Wahrheit den Schein von selbst entkräftet, das Heer der Zweifelsgründe ungemein vermindert werden, sondern es wird auch gewiſs, sobald nur die Gründe, nach ihrem natürlichen Zusammenhange, (allenfalls unter fortlaufenden Nummern), geordnet sind, die bezweckte Ueberzeugung des Gerichts weit leichter erreicht werden, als durch die, bey der Abfassung förmlicher Urtheilsgründe früherhin beobachtete Methode, nach welcher, selbst bey den weitläufigsten und verwickelsten Sachen, alle Gründe, und zwar mit Vorausschickung der gegen die Entscheidung gerichteten, in eine unmäsig lange, nur durch barbarische Flickworte, auf eine höchst unnatürliche Weise, zusammengezwängte Periode gebracht werden muſsten. Gewöhnlich wird der dogmatische Theil der Relation mit einem Entwurfe zu dem förmlichen Urtheile, welches auch wohl die Stelle des Generalvotums einnehmen kann, geschlossen.

§. 156.

Hülfsmittel zur Verfertigung guter Relationen. Vom zweckgemäſsen Lesen der Acten.

Bey weitläufigen und verwickelten Sachen ist die Arbeit des Referenten oft nicht wenig mühsam und sauer, wenn er nicht mit den Erleichterungsmitteln derselben bekannt ist. Zu diesen gehört vor allen Dingen ein zweckgemäſses Lesen der Acten, als der einzigen Quelle, aus welcher der Stoff, wenigstens für

den historischen Theil der Relation, abgeleitet werden mufs. Da nämlich nicht alles, was in den Acten enthalten ist, in den historischen Theil der Relation übergetragen werden darf, so ist es dem Referenten gewifs nicht unwichtig, wenn er, indem er die Acten Blatt für Blatt durchliefst, schon mit dem Zwecke bekannt ist, auf welchen er alles, was in den Acten enthalten ist, beziehen mufs, um beurtheilen zu können, ob es für seine Arbeit von Nutzen sey, oder ob er es unbeachtet liegen lassen könne. Zu diesem Ende mufs dem speciellen Lesen der Acten ein sogenanntes cursorisches Lesen oder Durchlaufen derselben vorausgehen, welches keine andere Absicht hat, als: sich von dem, worauf es bey der jetzigen Lage der Sachen ankomme, zu unterrichten. Die Durchlesung des Generalprotocolls und der Rubricken ist gewöhnlich dasjenige, was sogleich zu diesem Ziele führt, ist das Ziel auf diesem Wege nicht zu erreichen, so ist es rathsam die Actenstücke von hinten nach vornen 1) zu durchgehen, weil die ersteren leicht mit völlig beseitigten Punkten angefüllt seyn können, welche dann die Aufmerksamkeit nur ohne Noth fesseln würden. Aus demselben Grunde ist es rathsam, der Lectüre der in den Acten vorkommenden Erkenntnisse eine vorzügliche Aufmerksamkeit zu widmen.

1) Daher die Benennung hebräische Lectüre.

§. 151.

Fortsetzung. Von Privatextracten.

Bey dem speciellen Lesen der Acten, welches mit der gröſsten Genauigkeit und Gewissenhaftigkeit vorgenommen werden muſs, fertigt sich der Referent am besten, durch die §. 104. angegebene Excerpirmethode, zugleich seinen Privatextract. Ausserdem kann manchmal die Fertigung von Stammtafeln (§. 114.) die dann der Relation selbst, um den Gerichtsmitgliedern eine deutliche Uebersicht zu gewähren, vorausgesetzt werden, zu den nützlichen Vorarbeiten des Referenten gehören.

§. 152.

Fortsetzung. Separationsmethode.

Vorzüglich aber erleichtert sich der Referent seine Arbeit durch den zweckmäſsigen Gebrauch der sogenannten Separationsmethode. Sobald nämlich mehrere, von einander ganz verschiedene Gegenstände in Frage stehen, so ist es eine unablässige Forderung des Gesetzes der Deutlichkeit, daſs der Referent für jeden solchen Gegenstand einen besonderen Vortrag bestimme und also, wenn die Geschichtserzählung und Proceſsgeschichte auch allen gemeinschaftlich seyn sollte, doch wenigstens von dem Actenextracte an so viele abgesonderte Relationen entwerfe, als abzusondernde Punkte vorhanden sind. Welche Punkte dieses seyen, wird derjenige sich leicht anzugeben im Stande seyn, der nicht vergiſst, daſs die Absonderung

ein bloßses Beförderungsmittel der Deutlichkeit sey, daßs mithin nur da und nur in so ferne abgesondert werden dürfe, wo und in wie ferne der Zweck der Relation, jedem Mitgliede eine solche deutliche Einsicht in die Sache zu verschaffen, als ob es die Acten selbst gelesen hätte, dadurch befördert werden kann. Relationen in Rechnungs- und Concurssachen geben freylich die auffallendsten Beweise von der Nützlichkeit dieser Methode, allein auch in andern Fällen wird gewißs die Absonderung des Vortrages über die Form des Verfahrens, die Absonderung der verschiedenen Klagepunkte (also auch der Widerklage), der verschiedenen Einreden 1), der Nebenpunkte, der Streitigkeiten über die Zulässigkeit jedes einzelnen Beweismittels und dann über die Kraft des geführten Beweises u. s. w. ihren vielfältigen Nutzen bewähren.

§. 153.

Aeussere Form der Relationen.

Die gewöhnliche äussere Form der schriftlichen Relationen wird durch folgende Regeln bestimmt:

1. Man schreibt in zur Hälfte gebrochenes Folioformat.

2. Zu dem Ende unterzeichnet der Referent seinen Namen, nebst Bemerkung des Datums. Gewöhnlich setzt er auch dem Generalvotum die Worte: salvo meliori (S. M.) bey.

1) Dieses jedoch nicht ohne Ausnahme.

3. Der breite Rand wird zu dreyerley Marginalien benutzt. *a*) Am äussersten Ende desselben werden die Zeitbestimmungen aller in dem Texte angeführten Begebenheiten bemerkt. *b*) In der Mitte werden die Theile der Relationen angegeben, und oben auf jedem Blatte fortgeführt. *c*) Am innersten Ende des Randes wird der Ort, wo das in dem Texte Angeführte sich in den Acten befindet, bezeichnet, ausgenommen bey dem Gutachten, wo diese Bezeichnung in den Text selbst aufgenommen wird.

4. Die Relation selbst wird paginirt und geheftet,

5. und endlich das Ganze mit einem Umschlagsbogen versehen, auf welchem *a*) oben die Sache, aus welcher referirt wird, bezeichnet und *b*) unten, mit möglichster Kürze, zur Richtung der Aufmerksamkeit der Leser, angegeben wird, worauf es bey dieser Sache ankomme. Dieses darf auch bey dem mündlichen Vortrage, aus dem angeführten Grunde, nicht vergessen werden.

§. 154.

Von Berichten.

Da die Berichte, nach §. 142, denselben Hauptzweck haben, wie der geschichtliche Theil der Relation, so ist es natürlich, daſs, sobald sie aus Acten gefertigt werden, die oben angegebenen Regeln zur Verfertigung des historischen Theils der Relation auch bey ihnen von Anwendung seyen, wenn sie hingegen

nicht aus Acten gefertigt werden, doch wenigstens die allgemeinen Regeln von der Abfassung einer Geschichtserzählung auch auf sie bezogen werden müssen. Bey gutachtlichen Berichten wird sogar auch von den Regeln, welche von dem dogmatischen Theile der Relation gegeben wurden, Gebrauch gemacht werden müssen, und es kann keinem Zweifel unterworfen seyn, dafs die Separationsmethode bey Berichten aus denselben Gründen ihren grofsen Nutzen bethätigen werde, aus welchen sie bey den Relationen empfohlen werden mufste 1).

Was dagegen die Einkleidung des Vortrags betrifft, so äussert sich zwischen Relationen und Berichten, weil jene an Collegen gerichtet sind, diese aber von dem Unteren an den Vorgesetzten eingeschickt werden müsten, ein wichtiger Unterschied. Alle Berichte nämlich müssen als Briefe abgefafst, mithin nicht nur mit der gewöhnlichen Titulatur, Courtoisie und Unterschrift 2), sondern auch mit einem zweckgemäfsen Eingange, (welcher gewöhnlich die Veranlassung des Berichtes enthält) und einem nach den Umständen der Sache eingerichteten Schlusse, (in welchem gewöhnlich um Verhaltungsregeln gebeten, oder alles höherem Ermessen anheim gestellt wird) versehen werden. Ausser diesem erfordert das Verhältnifs, in

1) Bey Berichten, welche die Rechtfertigung einer bestimmten Handlung des Berichterstatters zum Zwecke haben, werden die Regeln von der Ausführung in Deductionsschriften Anwendung finden.

2) Glücklicher Weise fängt die neuere Praxis auch hier an, von dem Unnützen zu befreyen.

welchem der Berichterstatter zu dem Oberen steht, dass er in dem Gutachten nicht die entscheidende Sprache führe, welche sich der Referent ohne Anstand erlauben kann.

Die summarische Anzeige der Hauptgegenstände des Berichts muss auch bey dieser Arbeit zur Richtung der Aufmerksamkeit des Lesers, eben so empfohlen werden, wie bey den Relationen. Ob aber diese Anzeige auf dem ersten Blatte, vor dem Anfange des Berichts, oder ob sie auf der äussersten Seite des zusammengelegten Berichts ihren Platz finden solle, ist gleichgültig und kann daher nur durch Observanz bestimmt werden.

Zweyter Abschnitt.

Von der Art und Weise des Verfahrens der übrigen Gerichtspersonen.

§. 155.

Arbeiten der Subalternen.

Die vorzüglicheren Arbeiten der Subalternen der Gerichte, welche hier einer Erwähnung würdig sind, bestehen in der Vorbereitung, Aufzeichnung und Ausfertigung der Geschäfte (§. 27).

Was die Ausfertigungen betrifft, so bedarf es hier keiner besondern Regeln mehr,

weil dabey durchaus die Regeln von der nothwendigen äussern Form der Geschäfte die entscheidenden sind und dasjenige, was über die Art des Signirens, des Contrasignirens, Unterzeichnens und der Besiegelung zu bemerken wäre, nur als Gegenstand der Observanzmäſsigen Bestimmung der einzelnen Gerichte zu betrachten ist.

Die vorbereitenden richterlichen Geschäfte, welche mitunter Subalternen des Gerichts übertragen werden können, (§. 137) sind hier gleichfalls kein Gegenstand näherer Betrachtung, weil dafür keine andern Regeln entscheidend seyn können, als nach welchen der Richter selbst seine Handlungen einzurichten hat.

In so ferne dagegen einige der Subalternen zur Aufzeichnung gerichtlicher Geschäfte gebraucht werden, (wie die Secretärs, Notarien, Actuarien,) wodurch die unter dem Namen der Protocolle bekannte Arbeit entsteht, wird allerdings hier eine nähere Entwickelung der diese Geschäftsthätigkeit leitenden Regeln erfordert.

§. 156.

Von gerichtlichen Protocollen.

Man versteht unter gerichtlichen Protocollen schriftliche Erzählungen einer vorgefallenen Handlung, welche von hierzu beglaubigten gerichtlichen Personen, sogleich bey dem Vorgange der Handlung, aufgesetzt wor-

den sind, um darüber eine glaubwürdige Nachricht bey den Acten zu haben 1).

Die Regeln für die Abfassung der Protocolle, so wie sie, auf eine ziemlich zweckgemäſse Art, eine fast durchaus gleichförmige Gewohnheit bestimmt, sind folgende:

1. Alle Protocolle werden, wie Concepte, in gebrochenem Folioformate geschrieben 2).

2. Auf der linken Seite oben werden die gegenwärtigen Gerichtspersonen von dem Protocollisten bemerkt.

3. Auf der rechten Seite oben wird mit der Ueberschrift des Orts und Datums (bey welchen Angaben, sobald etwas darauf ankommen kann, die genaueste Bestimmtheit beobachtet werden muſs) angefangen, mit Vorausschickung des Wortes: Geschehen (Actum), um darauf aufmerksam zu machen, daſs etwas erzählt werden soll.

4. Unmittelbar unter dieser Ueberschrift kömmt die Erzählung selbst, bey welcher, nach der natürlichen Ordnung, vor allen Dingen mit der Veranlassung derselben der Eingang gemacht 3) und alsdann, nach den Regeln einer gut eingerichteten Geschichtserzählung, in

1) Von dem Unterschiede zwischen Protocoll und Registratur.

2) Bey verschiedenen Gerichten werden auch die Protocolle durch die ganze Breite des Bogens geschrieben.

3) Wenn der Vortrag vor Gericht erschienener Personen protocollirt wird, so endigt sich der Eingang am besten mit den Worten: und brachten vor, worauf das Vorgebrachte selbst eingerückt wird.

strenger chronologischer Ordnung 1), und mit Beobachtung des Unterschiedes zwischen der selbst zeugenden und der auf andrer Glauben erzählenden Schreibart, bis zu Ende fortgefahren wird.

5. Bey protocollarischen Aufsätzen über mündliche Vorträge bey dem Gerichte erschienener Personen wird am Ende bemerkt, daſs der Aufsatz dem Erschienenen wieder vorgelesen und von ihm genehmigt worden seye. Sollte dieser hier Abänderungen seines Vortrags machen, so müssen diese Aenderungen hier bemerkt, keineswegs aber irgend etwas in dem Protocolle ausgestrichen oder geändert werden. Die eigenen Worte desjenigen, von welchem ein Vortrag zu Protocoll genommen wird, brauchen nur dann aufgezeichnet zu werden, wenn gerade auf diese Worte etwas ankommen kann.

6. Der Schluſs ist immer: So geschehen, wie oben (actum ut supra), um anzuzeigen, daſs das Protocoll wirklich geendigt und nicht zu verschiedenen Zeiten fortgesetzt worden sey, indem bey jeder Zeit- und Ortsangabe, nun mit Vorausschickung des Wortes: **Fortgesetzt** (continuatum) vorangesetzt werden muſs.

7. Das Ganze wird von dem Protocollisten, unter Voraussetzung der Worte: zur Beglaubigung (in fidem), unterschrieben.

1) Von den Hülfsmitteln, um ungeordnete Vorträge geordnet zu protocolliren.

DRITTE ABTHEILUNG.

Von einigen besondern ausserordentlichen processualischen Handlungen, welche auf keine bestimmte Proceſsart eingeschränkt sind, und in keiner eine nothwendige Stelle in der Ordnung erhalten haben.

§. 157.

Sicherheitsleistungen.

Wenn nicht die Möglichkeit gelassen werden soll, die gerichtlichen Verhandlungen zur Befriedigung der Chicane und zur ungerechten Belastung Andrer mit unnützen Kosten zu miſsbrauchen, so muſs es zu den Rechten der Parthieen gehören, da, wo die Erfüllung der, während der gerichtlichen Verhandlung und durch dieselbe obliegenden Verbindlichkeiten des Gegners einem gegründeten Zweifel ausgesetzt seyn kann, Sicherheitsleistungen zu verlangen und es muſs Pflicht des Richters seyn, dafür Sorge zu tragen, daſs die rechtlich verlangte Sicherheit wirklich geleistet werde.

Hier sind natürlicher Weise nur diejenigen Cautionen, welche, unabhängig von allen aus der Natur des Streitgegenstands abgeleiteten Gründen, einzig also nach den Bestimmungen

der processualischen Normen gefordert werden können, Gegenstand der Behandlung.

In dieser Hinsicht mufs *a*) der Kläger Sicherheit leisten 1. dafs er die Kosten, wenn er in dieselben verdammt werden würde, ersetzen, (cautio de expensis) 2. dafs er in Fällen, wo durch die, erst nach Beendigung der Vorklage anzustellende Widerklage eine Prorogation der Gerichtsbarkeit geschehen soll, sich vor dem zu prorogirenden Gerichte einlassen wolle (cautio pro reconventione), 3. dafs er den Procefs, in Ansehung dessen der Beklagte schon einmal, wegen des Ungehorsams des Klägers, von dem gerichtlichen Verfahren befreit worden, bis zu Ende fortsetzen wolle (cautio de lite prosequenda) 1). *b*) Der Beklagte mufs Sicherheit leisten 1. dafs er sich vor dem Gerichte auf die Ladungen gehörig stellen wolle, wenn nämlich, weil der Richter ein prorogirter ist, oder weil der Beklagte seinen Aufenthaltsort ändert, sich das Gegentheil befürchten liefse (cautio de judicio sisti) 2. dafs er die ihm in den Erkenntnissen zuerkannten Verbindlichkeiten erfüllen werde, sobald nämlich ein besonderer Grund zu gegentheiligen Besorgnissen eintritt (cautio judicatum solvi) 2) *c*) Die Sachwalter müssen, sobald sie sich nicht durch eine hinlängliche Vollmacht legiti-

1) Die Cautionen, welche das Justin. Recht dem Kläger auflegt, Nov. 96. c. 1. Nov. 112. c 2.) werden, wegen der veränderten Gerichtsorganisation und Verfahrensart, nicht mehr bey uns gefordert und zugestanden, vergl. *Glück* Erl. der Pand. § 245.

2) Vergl. Tit. I. de Satisd.

miren können, Sicherheit wegen der Genehmigung leisten (cautio rati) 1).

Diese Sicherheitsleistungen verlangt der Richter nie von Amtswegen, die von den Sachwaltern zu leistende ausgenommen (§. 62.) von dem Beklagten aber wird angenommen, daſs er dem Kläger traue, wenn er die, schon damals begründeten Sicherheitsforderungen nicht vor der Einlassung auf die Klage verlangt 2). Wenn die angeführteu Sicherheitsleistungen verlangt werden, so ist es Pflicht des Richters über den hinlänglichen Grund derselben zu urtheilen. Ein solcher ist nun offenbar alsdann nicht vorhanden, wenn der, von welchem die Sicherheitsleistung verlangt wird, unter dem Gerichtszwange dieses Richters 3) Güter besitzt, an welchen man sich hinlänglich erholen kann, und welche, wenigstens nicht ohne Aufsehen, weggebracht werden können 4). Ob dasselbe auch von dinglichen Ansprüchen auf dergleichen Güter, vermöge Eigenthums oder Erbrechts, von possessorischen Klagen in Ansehung derselben und von fixen Besoldungen gelte, ist sehr

1) Von der cautio judicatum solvi, welche nach römischen Gesetzen mitunter dem Sachwalter oblag, kann darum kein Gebrauch mehr gemacht werden, weil sie sich auf die Vorstellung von dem auf den Sachwalter übergehenden Eigenthum des Rechtsstreites gründet.

2) I. R. A. §. 37.

3) Andere halten den Besitz in demselben Lande für genügend.

4) Nach römischem Rechte folgt hieraus wohl nur Befreyung von der Satisdatio.

bestritten 1), kann indessen bey uns wohl nur in so ferne angenommen werden, als dadurch der Grund zu Besorgnissen wirklich hinlänglich weggeräumt wird.

Die Sicherheit wird übrigens durch die Stellung hinlänglicher, gültiger Bürgen, oder durch die Uebergebung genügender Pfänder, und nur, wenn beydes unmöglich ist, jedoch nur von den Parthieen selbst, durch eidliches Versprechen geleistet 2). — Die Summe bestimmt der Richter nach dem Interesse der die Sicherheit fordernder Parthie, wobey aber, weil dieses Interesse sich nicht immer genau bestimmen läfst, sehr viel von Observanzen abhängt 3).

§. 158. *a.*

Verfahren bey Interventionen.

Zu den wichtigsten Arten processualischer Zwischenhandlungen gehören die oben (§. 57.) bezeichneten Interventionen. Das dadurch veranlafste Verfahren ist verschieden je nachdem die Intervention als Hauptintervention, als accessorische, oder als gemischte betrachtet werden mufs.

2) Siehe hierüber *Glück* a. a. O. §. 248, welcher diese Controverse ausführlich behandelt.

2) II. 8. D. fr. 1. 2. 7. 8. und andere. Vergl. *Glück* a. a. O. §. 246. 247.

3) Am besten sind in Fällen, wo die Cautionssumme sich nicht genau bestimmen läfst, die Sicherheitsleistungen durch Bürgen.

I. Hauptintervention.

Bey jeder Hauptintervention muſs, dem Begriffe zu Folge, dem Intervenienten 1. in Ansehung des Gegenstandes des zwischen zwey Parthieen anhängigen Rechtsstreites ein **klagbar** zu verfolgendes Recht zustehen, und dieses Recht muſs 2. wenn es anerkannt wird, für das Recht des bisherigen Klägers ganz oder zum Theile als präjudicirend erscheinen.

Dieses letztere ist es, was den Intervenienten **berechtigt**, sein sonst bloſs gegen den Beklagten klagbar zu verfolgendes Recht als Intervenient gegen beyde Theile durchzufechten. Ob er aber von dieser Berechtigung Gebrauch machen wolle, hängt einzig von seiner, durch politische Rücksichten zu bestimmenden freyen Entschliessung ab, denn gezwungen kann er, mit Beystimmung der Gesetze, zu einer Intervention keineswegs werden, obgleich, wenn er bloſs gegen den Beklagten als Kläger auftritt, es dem Beklagten verstattet seyn muſs 1), durch die Anzeige von dem gegen ihn angefangenen präjudiciellen Rechtsstreite, den Fortgang des älteren Rechtsstreites interimistisch zu hemmen, und obgleich immer dem Kläger in dem älteren Processe erlaubt seyn muſs, in dem neueren als accessorischer Intervenient sich mit dem Beklagten zu vereinigen und mit diesem sein gemeinsames Interesse an der Ausschliessung des neuen Klägers geltend zu machen 2).

1) arg. XXIV. III. D. fr. 34. XLIV. 14. D. fr. 35.

2) Die ganze Lehre ist noch nicht genügend behandelt, obgleich *Claproth* de intervent. libell. Gött. 1763 und vorzüglich *Gönner* II. XXIX. schöne Winke liefern.

Für das Verfahren selbst ist, wenn ein Individuum hauptsächlich interveniren will, folgendes entscheidend:

A. Wenn der Rechtsstreit, bey welchem intervenirt werden soll, noch nicht rechtskräftig entschieden worden ist, und

1. noch in erster Instanz anhängig ist, so übergiebt der Intervenient seine Klage und legitimirt sich, durch die Nachzeigung des, vorhin unter n. 2. bemerkten Verhältnisses seines Rechtes zu dem des Klägers, als Intervenienten.

Ueber diese Berechtigung zur Intervention muſs, wenn dieselbe von einer, oder von beyden der bisherigen Parthieen bestritten wird, ein vorläufiges, nach den allgemeinen Regeln des summarischen Processes einzurichtendes Verfahren eingeleitet werden, worauf durch Bescheid der Intervenient entweder mit seiner Intervention abgewiesen und ihm ein besonderes Verfahren gegen den Beklagten vorbehalten, oder der Intervention Statt gegeben wird. In diesem Falle nun muſs *a*) wenn der Intervenient den ganzen Streitgegenstand in Anspruch nimmt, der alte Rechtsstreit interimistisch sistirt und nun die Klage des Intervenienten in das gebührende Verfahren, zwischen ihm als Kläger und den beyden bisherigen Parthieen (wenn nicht der bisherige Kläger freywillig zurücktritt) als Beklagten und Interventen, eingeleitet werden, *b*) wenn dagegen der Intervenient nur einen Theil des Streitgegenstandes in Anspruch nimmt, so muſs zwar für die Einleitung des neuen Processes über

die Klage des Intervenienten das Verfahren, auf die eben bezeichnete Weise, eingeleitet werden, neben ihm geht aber auch der alte Rechtsstreit, ohne alle Aenderung, in seinem bisherigen Gange ruhig fort.

2. Ist dagegen der Rechtsstreit, bey welchem intervenirt werden soll, schon in zweyter Instanz anhängig, so kann die Klage, weil keinem das Recht der ersten Instanz entzogen werden kann, hier nicht angebracht werden, sondern der Intervenient muſs sich begnügen, durch die Nachzeigung des präjudiciellen Verhältnisses seines Rechtes zu dem des Klägers, eine Sistirung des bisherigen Verfahrens, bis zu dem Ausgange des Verfahrens über seine, bey dem Richter erster Instanz anzubringende Klage, zu bewirken 1). Ueber dieses Gesuch wird nach den allgemeinen Grundsätzen des summarischen Verfahrens verhandelt.

B. Ist endlich ein Rechsstreit schon rechtskräftig entschieden, so läſst sich eigentlich keine Intervention mehr gedenken, obgleich, wenn ein Dritter sein vorzüglicheres Recht auf den Streitgegenstand auf der Stelle über jeden Zweifel erheben kann 2), es analogisch wird vertheidigt werden können, daſs man ihm erlaubt, durch zweckdienliche Anträge der Gelebung oder Vollstreckung der

1) Es versteht sich, wenn die Intervention, nach dem vorhergehenden, in dem Verhältnisse steht, daſs der ganze bisherige Streit sistirt werden muſs.

2) *Claproth* Einl. in d. bürg. Proceſs. §. 452.

rechtskräftigen Sentenz vorzubeugen. Solche Anträge werden indessen, wenn sie sich nicht als ungegründet sogleich zur Verwerfung eignen, in der Regel nur zwischen dem Intervenienten und dem bisherigen Kläger eine Verhandlung veranlassen können. In Hinsicht des Beklagten wird eine Communication zur Nachricht genügen.

§. 158. *b*.

Fortsetzung.

II. Nebenintervention.

Bey der Nebenintervention ist bloſs Vertheidigung der Sache des einen streitenden Theiles Zweck des Intervenienten, und Gemeinschaft des Interesses an der Erreichung des Endzwecks dieses Theils 1) sein Berechtigungsgrund zur Einmischung in den anhängigen Rechtsstreit Anderer.

In der Sache selbst entsteht daher nur ein litis consortium zwischen dem Intervenienten und demjenigen, für welchen er auftritt, der

1) Nov. 112. c, 1. V. 2. D. fr. 29. — Dieses gemeinsame Interesse kann bald aus einer wahren juristischen Einheit des Intervenienten mit dem einen Theile (wie bey Cedenten und Cessionarien) in Hinsicht des im Streite befangenen Rechtes abgeleitet werden, bald aus einem zwar eigenthümlichen jus agendi et excipiendi, welches aber doch durch eine res judicata gegen den einen Theil leiden würde und in so ferne abhängig ist (wie in den gesetzlichen Beyspielen).

Intervenient kann nur mit diesem handeln wollen und nur auf die Art, wie es, nach der Beschaffenheit der Verhandlungen, zu der Zeit, wo er auftritt, noch 1) rechtlich möglich ist.

Dagegen kann, wenn der Intervenient entweder gleich für den einen Theil handelt, oder, mit Anführung seiner Gründe zur Intervention, etwa um Acteneinsicht u. d. gl. bittet, ein Incidentverfahren über seine Berechtigungzum Interveniren entstehen, welches sich zwischen ihm und beyden oder einem von beyden Theilen gedenken läfst. In der Regel wird alsdann der Gang der Verhandlungen in der Hauptsache interimistisch sistirt werden müssen und nur dann möchte dieses nicht zu behaupten seyn, wenn blofs derjenige, für welchen intervenirt werden soll, sich der Annahme des Intervenienten zum Litisconsorten widersetzt, in welchem Falle aber der Intervenient um die einstweilige Aufnehmung seiner Beweise zum ewigen Gedächtnisse, nach den Umständen, wird bitten können.

III. Gemischte Intervention 1).

Fast ganz gleich mit der accessorischen geht die gemischte Intervention in Hinsicht ihrer Wirkungen auf die Hauptsache, denn volle Erreichung des Zweckes desjenigen, für

1) Diese Lehre ist noch am wenigsten vollkommen bearbeitet. Das beste ist bey *Gönner* a. a. O. und in den Rechtsfällen I 1. Es bedarf aber diese Lehre noch eine genauere Revision.

welchen der Intervenient auftritt, ist hier das Mittel, wodurch er Verletzung eines eigenen Rechtes zu entfernen sucht.

Ob indessen diese Intervention, weil sie, durch Erreichung des Zweckes des eines Theils, selbstständige Rechte des Intervenienten aufrecht zu erhalten sucht, noch in höherer Instanz mit der Wirkung Statt finden könne, daſs Beweise für das Recht des Intervenienten, welche von dem Theile, der zugleich vertreten werden soll, nicht mehr gebraucht werden könnten, nun noch zulässig seyen, scheint groſsen Zweifeln unterworfen zu seyn, weil der Intervenient, selbst durch rechtskräftige Urtheile unter Andern an seinen unabhängigen Rechten nicht leidet, mithin kein Grund vorhanden ist, warum man in den bisherigen Proceſs einen neuen Streit über Gerechtsame zu ziehen suchen sollte, in deren Besitze der Intervenient ohnehin sicher seyn würde, und welche der nicht besitzende Intervenient doch nicht, mit Umgehung der ersten Instanz, bey Gelegenheit eines in höherer Instanz schwebenden Streites, den Rechten nach, klagend verfolgen darf.

§. 159.

Litisdenunciation.

Wenn derjenige, welcher einer Parthie in Ansehung des, durch einen Rechtsstreit, erlittenen Schadens verantwortlich seyn kann und welcher eben darum bey der gehörigen Betreibung dieses Rechtsstreites auf das vollkommenste interessirt ist, nicht freywillig als Intervenient

auftritt, so mufs ihn die Parthie, wenn sie ihre Regrefsklage nicht ganz verlieren, oder doch der Gefahr des Verlustes aussetzen will 1) zur Vertretung auffordern.

Dieses geschieht durch die litis denunciatio, welche in einer blofsen Benachrichtigung von der Existenz des den Andern, aus dem angegebenen Grunde, interessirenden Rechtsstreites besteht.

Nur eine accessorische Intervention kann hierdurch veranlafst werden. Soll daher die Denunciation ihren Zweck, den Denuncianten zu sichern, wirklich erreichen können, so mufs sie zu einer Zeit geschehen, wo für den Denunciaten, wenn er interveniren wollte, noch der Gebrauch aller Vertheidigungs und Beweismittel offen steht 2).

Wie sie übrigens geschehe, ist vollkommen einerley. Es genügt, aussergerichtlich zu denunciiren, ob man gleich die gerichtliche Denunciation, wegen des erleichterten Beweises, vorzuziehen Ursache haben wird.

Eben darum läfst sich nun das gemeinrechtliche Verfahren bey Litisdenunciationen sehr leicht bestimmen. Es besteht darin, dafs die Schrift 3) des Denuncianten, welche die

1) XXI. 2. D. fr. 29. §. 2 fr. 53. §. 1. fr. 63. §. 1. VIII. 45. Cod. c. 8. 9. 23. Ob die Bestimmung der angef. const. 8 aus dem, in dem alleg. fr. 53. §. 1. angegebenen Grunde zu beschränken sey, ist streitig.

2) Der Kläger daher gewöhnlich bey der Replik. Trendelenburg de litisdenunciatione actoris. *Gönner* zu *Danz* n. XXXIX.

3) Diese kann auch Anhang einer andern seyn. Das Gesuch derselben bestimmt sich aus dem möglichen Verfahren von selbst.

Denunciation enthält, dem Gegentheile zur Nachricht und dem Denunciaten, mit einer ausdrücklichen oder stillschweigenden monitorischen Ladung, mitgetheilt wird. Uebrigens geht der Rechtsstreit seinen Gang ganz ungehindert fort und erst wenn der Litisdenunciat sich nun wirklich zur Intervention bestimmen läſst, kann über die Befugniſs hierzu ein interimistischer Rechtsstreit, wie bey accessorischen Interventionen (§. 158. *b.*), Statt finden.

Das gemeine Recht kennt wenigstens keine Gründe, welche die, bey manchen Gerichten übliche 1) Verfahrensart, gegen den Denunciaten mit arctatorischen Ladungen vorzuschreiten und den Streit über die Entschädigungsverbindlichkeit des Denunciaten, zum groſsen Nachtheile des Gegentheils des Denuncianten, einzumischen, rechtfertigen könnten. 2).

§. 160.

Adcitationen.

Verwandt mit den bisherigen Zwischenhandlungen ist die Adcitation, welche die

1) Z. B. bey dem Reichskammergerichte vergl. *Hofmann* Obs juris et processus Cam. Imp. obs. 7.

2) *Martin* §. 296. *Gönner* Handb. II. XXIX.

*) Von der Litisdenunciation ist die Benennung des Auctors (laudatio auctoris) sehr verschieden, welche von dem, der in fremdem Namen besitzt und mit einer gegen den Besitzer gerichteten Klage in Anspruch genommen wird, vor der Einlassung geschehen muſs, damit er nicht als muthwilliger Streiter (liti se offerens §. 58.) betrachtet werden könne.

Anm. Der Litisdenunciat kann wieder Andere zum Streit auffordern u. s. w.

Juristen neuerer Zeit 1) und die Praxis ehrwürdiger Gerichte als ein, von dem Richter aus Amtspflicht und auf Anfordern der streitenden Theile zu ergreifendes Mittel betrachten, um, zur Abkürzung der Processe, diejenigen, welche bey dem Rechtsstreite unmittelbar interessirt sind, zur Einmischung zu bestimmen. Die gute Absicht indessen kann unmöglich den Gebrauch eines Mittels rechtfertigen, welches, in dieser Ausdehnung, den rechtlichen Grundsätzen von der Streitgenossenschaft (§. 57.) 2) widerstreiten würde.

Rechtlich können daher nur dann dritte Personen zu einem anhängigen Rechtsstreite hinzugeladen werden, wenn sie mit der einen Parthie in dem Verhältnisse juristischer Einheit stehen (wie Cedent und Cessionar) und nun eine processualische Handlung vorkömmt, welche, ihrer Natur nach, nicht von dem bisher erschienenen Individuo, sondern nur von dem, mit diesem juristisch vereinten, aber noch nicht erschienenen Individuo vorgenommen werden kann (z. B. Eidesableistung.)

In solchen Fällen kann nun, nach der erlassenen Hinzuladung 3), wenn der Adcitat das die Hinzuladung begründende Verhältniſs abläugnet, ein präjudicielles Incident-Verfah-

1) Ausführlich hat davon gehandelt *Canz* de adcitatione tertii ad litem. Tub. 1759. Bei weitem gründlicher *Gönner* II. 29. n. 23.

2) Nach den Beweisen, welche *Martin* in dem angeführten ersten Stücke des Magazins geliefert hat.

3) Diese Ladung selbst hat übrigens gar nichts eigenes.

ren hierüber Statt finden, wenn es aber, nach dessen Beendigung, bey der Hinzuladung verbleibt, so erscheint nun der Adcitat ganz als die Parthie, zu welcher er geladen wird, und das Verfahren geht daher, auch in contumaciam, seinen Gang, nach dem durch den Inhalt der Ladung bezeichneten Wege, regelmäſsig fort.

§. 161.

Von der Reassumtion des Processes.

So sehr auch unsere Gesetze 1). durch die in den Vollmachten nothwendig einzurückende clausula heredum, dafür gesorgt haben, daſs durch den Tod der Parthie nicht eine Verzögerung der gerichtlichen Verhandlungen entstehen solle 2), so sind dennoch Fälle möglich, wo die Fortsetzung des Processes nicht Statt finden kann, wenn nicht die Nachfolger der verstorbenen Parthie erklärt haben, daſs sie ihn fortsetzen wollen (reassumtio litis). Dieses tritt ein, wenn entweder gar kein Sachwalter, oder doch kein bey dem Tode des Gewaltgebers hinlänglich legitimirter vorhanden war, oder wenn das Recht, den Proceſs fortzusetzen, auf einen solchen übergeht, welcher nicht allgemein für die Handlungen seines Vorgängers zu stehen hat (successor singularis). Wenn in diesen Fällen die Nachfolger nicht

1) J. R. A. §. 99.

2) In diesem Falle soll der Gewalthaber höchstens binnen 3 Monaten den Tod des Principalen anzeigen, und die Namen der Erben angeben. J. R. A. a. a. O.

ausdrücklich, oder stillschweigend, zur Fortsetzung der Verhandlungen sich bereit erklären, so muſs die Gegenparthie um Ansetzung eines Termins zu dieser Erklärung bitten, welche alsdann entweder auf die eine, oder die andere Art geschieht, oder endlich, im Falle der Contumaz, damit die Verhandlungen einen Fortgang haben, für bejahend geschehen angenommen wird.

§. 162.

Widerklage.

Jeder Beklagte hat das Recht, den Kläger vor demselben Richter, selbst wenn dieser sonst nicht der zuständige wäre (§. 43. u. 50.). gleichfalls klagend in Anspruch zu nehmen. Wird diese (Gegen-) Widerklage vor, oder mit der Einlassung auf die Klage vorgebracht, so hat sie die wichtige Wirkung, daſs nun über beyde Sachen zugleich verhandelt und entschieden werden muſs, sobald dieses anders möglich ist, was freylich, wenn die Vorklage für die Gegenklage präjudiciell ist, oder über beyde auf eine ganz verschiedene Art verhandelt werden muſs, nicht der Fall ist 1). Wenn aber auch diese gemeinschaftliche Verhandlung der beyden Sachen nicht Statt finden könnte, so hat doch immer die Widerklage noch die Wirkung, daſs durch sie, wenn sie nur vor

1) Nov. 96. c. 2. II. 10. X. c. 2. 4.

Anm. Ueber den gewöhnlichen Satz: Reconventio reconventionis non datur. s. *Gönner* Handb. I. 10.

dem Beschlusse der Verhandlungen über die Vorklage noch angestellt wird (§. 43. 50.), die Gerichtsbarkeit eines sonst nicht zuständigen Richters begründet werden kann. Uebrigens ist die Einrichtung der Widerklage wie die der Vorklage, und das Verfahren über jene von dem über diese in nichts unterschieden.

§. 163.

Von der Actenversendung.

Wenn durch die, der Art des Verfahrens gemäſsen Verhandlungen der Parthieen die richterliche Prüfung der Sache selbst hinlänglich vorbereitet ist und daher die Verhandlungen als geschlossen betrachtet werden müssen, so ist es in der Regel Pflicht des Richters, nun selbst zu entscheiden. Indessen leidet diese Regel nicht nur in so ferne Ausnahmen, als der Richter von sehr zweifelhaften und verwickelten Fällen 1) die Acten an eine unpartheyische Juristenfacultät oder ein anderes Spruchcollegium verschicken darf, und in Fällen, welche die mehrsten Mitglieder mittelbar oder unmittelbar angehen, verschicken muſs, sondern es ist auch einer, durch allgemeine Gesetze bestätigten 2), in verschiedenen Landen aber verschiedenerleyartig bestimmten Gewohnheit in Deutschland gemäſs, daſs, auf die Bitte einer Parthie, diese Actenverschickung

1) Ob aber dieses auch heutzutags noch ein Grund seyn sollte?! — —

2) D. A. 1600. J. R. A. §. 113.

(die Reichs- und [in befreyten Landen] die höchsten Landesgerichte 1) ausgenommen) nicht versagt werden darf 2)

Wenn die Acten verschickt werden sollen, ist es nothwendig, daſs sie vor allen Dingen vollständig in Ordnung gelegt, und mit einem Verzeichnisse versehen werden. Dieses nennt man das Inrotuliren. Es wird hierzu ein Termin angesetzt, auf welchen die Parthieen, um sich selbst von der Vollständigkeit der zu verschickenden Acten überzeugen, und ihre allenfallsigen Gerechtsame wahren zu können, monitorisch vorgeladen werden 3). In diesem Termine werden den Parthieen die Acten selbst zur Einsicht vorgelegt, worauf sie ihre Erklärung über dieselben zu dem über die Handlung zu fertigenden Inrotulationsprotocolle geben und

1) Ob diese Ausnahme auch in Sachen der landesherrlichen Kammer Statt finde? Das R. K. Gericht scheint hier als rechtlichen Grundsatz zu begünstigen, was Hessen-Darmstadt, mit nachahmungswürdigem Beyspiele, gesetzlich sanctionirt hat. Ueberh. vergl. *Gönner* I. 5.

2) Von dem wichtigen Unterschiede zwischen eingeholten Urtheilen und Gutachten oder Informaten. Auf die Worte in der Missive kömmt es hierbey nicht an, sondern darauf, ob den Parthieen, durch den abgehaltenen Inrotulationstermin, ein jus quaesitum gegeben worden.

In neueren Zeiten ist übrigens in vielen deutschen Landen die Verschickung der Acten verboten worden. Mit mündlichem, öffentlichem Verfahren läſst sie sich nicht vereinigen.

3) Wenn sie daher wegbleiben, so wird angenommen, daſs sie der Legalität des Richters vertrauten. Das Rubriciren und Verzeichnen der Acten wird aber am besten schon vor diesem Termine gemacht.

dadurch entweder ihre Zufriedenheit, oder den Wunsch, daſs bestimmte Actenstücke noch beygelegt, oder von den übrigen getrennt werden möchten, äussern, in welchem letzteren Falle über die geforderte Beylegung von dem Richter entschieden, oder, wie immer in dem Falle einer geforderten Remotion von Actenstücken, die Entscheidung dem Ermessen des künftigen Urtheilsverfassers überlassen wird. Zugleich ist es Gewohnheit, daſs jede Parthie in diesem Termine gegen die Verschickung an bestimmte Spruchcollegien (in der Regel gegen 3 derselben ohne Anführung von Gründen) 1) protestiren kann, welche Protestation mit der Erklärung über die Acten zu Protocoll gegeben werden muſs 2). Nach geschlossenem Inrotulationsprotocolle werden die Acten, in Gegenwart der Parthieen, eingepackt und von dem Gerichte (allenfalls auch den Parthieen) besiegelt, worauf sie, in Begleitung eines Schreibens (Missives, Urtheilsfrage), worin das, was übersendet und was verlangt wird, genau zu bestimmen ist, an den von dem Richter gewählten, und von demselben geheimzuhaltenden Ort

1) Denn mit Gründen können mehrere verworfen werden. Vorsichtsmaasregeln bey den Protestationen.

2) An eines der Spruchcollegien, gegen welches protestirt worden ist, darf der Richter die Acten nicht versenden, wenn das Erkenntniſs nicht als nichtig soll angegriffen werden können. *Chr. Heinrich Lang* de nullitate respectiva sententiae, actis ad collegium juridicum exemtum transmissis. Rost. 1783.

befördert werden 1). Wenn die Acten mit dem Erkenntnisse zurückkommen, so wird ein Termin zur Anerkennung der Unversehrtheit und Vollständigkeit der bis dahin versiegelt liegen bleibenden Acten und zur Eröffnung des Erkenntnisses (ad videndum exrotulari acta et audiendum publicari sententiam) angesetzt, in welchem, nach geschehener Anerkennung der Unversehrtheit der Siegel, man die Acten aufpackt, und das eingeholte Erkenntniſs wirklich eröffnet.

§. 164.

Von dem Beweise zum ewigen Gedächtnisse.

Eine der ausserordentlichsten Handlungen in dem Processe kann bey den Beweisführungen vorkommen, — Beweisführungen nämlich und einzelne zur Beweisführung gehörende Handlungen, noch ehe über einen Rechtsstreit gerichtlich verhandelt wird, oder doch ehe man in der Ordnung des Verfahrens zu den Beweisführungen, oder zu diesen Handlungen kömmt. Man nennt dieses Beweisführungen zum ewigen Gedächtnisse (probationes in sempiternam rei memoriam.) Der Kläger sowohl, als der Beklagte (sie seyen es nun izt schon,

1) Vorzüge der Versendung durch Mittelspersonen. Mittel zur Geheimhaltung des Orts. Ueberhaupt vergl. *Elsässer* über den Geschäftsgang von Versendung der Acten an Rechtscollegien an bis zur Eröffnung des eingeholten Urtheils. Ein Anhang zu *Danzens* ordentlichem Proceſs.

oder mögen erst künftig in dieser Eigenschaft auftreten) müssen hierzu gelassen werden, sobald sie nur in der desfalls zu übergebenden Vorstellung hinlängliche Gründe anzuführen im Stande sind, aus welchen erhellet, daſs sie, ohne diese Handlung, leicht unverschuldet der Möglichkeit, künftig Beweis zu führen, beraubt werden könnten (1). Mit dieſer Vorstellung wird zugleich die Antretung des zu führenden Beweises verbunden, worauf, wenn der Richter die Beweisführung für zulässig (2) erklärt, bey Zeugenbeweisen der Gegentheil zwar allerdings Fragstücke zu den Beweisartikeln einreichen kann, alle Einwendungen desselben aber, so wie die Bekanntmachung der Resultate der Beweisführung, bis auf die künftigen förmlichen Beweishandlungen ausgesetzt bleiben.

1) II. 6. X. c. 5.

2) Ueber die Zulässigkeit findet aber eigentlich kein Verfahren Statt, auch kann in der Regel auf die Bitte, zu einer Beweisführung zum ewigen Gedächtniſs zugelassen zu werden, nicht abschläglich verfügt werden, denn diese Beweisführung, welche auf Kosten des Beweisführers vorgenommen wird, kann nie dem Gegner schädlich werden, wenn sie dereinst bey dem Productions-Verfahren für irrelevant sollte erklärt werden. Da indessen den Gerichten nicht zugemuthet werden kann, sich zu offenbar unnützen Handlungen miſsbrauchen zu lassen, so glaube ich doch, daſs die verlangte Beweisführung, wenn sie ganz ohne Zweifel für das angegebene Beweisthema unstatthaft erscheint, rechtlich abgeschlagen werden könne.

ZWEYTER THEIL.

Von der Ordnung und der Art des Verfahrens in den einzelnen gesetzlichen Procefsarten.

Erste Abtheilung.

Von der Ordnung und der Art des Verfahrens in dem ordentlichen Processe.

(§. 77.)

ERSTER ABSCHNITT.

Von dem Verfahren bis zu der, durch das Beweisinterlocut begründeten förmlichen Beweisführung.

§. 165.

Von dem Anbringen der Klage.

Der eigentliche Anfang eines jeden Rechtsstreites, mithin auch derjenigen, welche im ordentlichen Processe verhandelt werden, wird dadurch gemacht, dafs derjenige, welcher einen Anspruch an einen andern zu haben glaubt, diesen dem Richter 1) vorträgt und ihn um die

1) In dem französischen Verfahren geschieht die Instruction des Processes durch Mittheilungen der Klage, Ein-

Realisirung desselben, nach geschehener Verhandlung der Sache, bittet. Dieses nennt man das Anbringen der Klage, welches beym schriftlichen Verfahren durch die Ueberreichung eines Klagschreibens (libelli) geschieht. Der Vortrag der Klage wird strenge nach den Regeln eingerichtet, nach welchen Deductionen überhaupt verfaſst werden (§. 114. folg.), und zerfällt also, wie diese, in die angegebenen drey Bestandtheile: die Geschichtserzählung, die Ausführung der rechtlichen Möglichkeit oder Nothwendigkeit, warum aus den angeführten Thatumständen die Forderung abgeleitet wird (justificatio petiti), und dann die Forderung selbst, welche aus diesen beyden Prämissen (die zusammen das Gesuch begründen [das fundamentum agendi s. petendi enthalten) sich darbietet, in Form einer Bitte an den über die Sache verfahrendeu und erkennen-Richter vorgetragen.

Diese Bitte wird nun, da das Erkennen des Richters über die Sache selbst durch das Verfahren über dieselbe bedingt ist, theils auf die Verfügung des gehörigen Verfahrens, theils auf das Erkenntniſs in der Sache selbst gerichtet seyn müssen, und eben darum werden auch in den Prämissen nicht bloſs die factischen und juridischen Gründe für die Bitte in der Hauptsache, sondern auch für das processualische Gesuch (wozu vorzüglich Begründung der Gerichtsbarkeit gehört) darzustellen seyn. Ehe-

reden und Repliken an die Parthieen und ihre Anwälte und das Verfahren leitet sich, bis zum Anmelden zur Audienz, von selbst durch gesetzlicher Fristen.

mals pflegten diese beyden Bitten sogar in verschiedenen Schriften, zu verschiedenen Zeiten, vorgetragen zu werden 1), nach neueren Gesetzen 2) sollen sie mit einander verbunden werden. Da indessen alle überflüssige Ausführungen vermieden werden müssen, so ist es natürlich, daſs in Fällen, wo weder die Voraussetzungen zu dem Verfahren einem Zweifel unterworfen sind, noch, wie bey dem ordentlichen Processe, über die Art der Einleitung des Verfahrens eine Bedenklichkeit möglich ist, das Libell auf die Sachbitte und deren Begründung beschränkt werden könne.

§. 166.

Einige Vorsichtsregeln bey der Abfassung von Klagschreiben.

1. Die mit der gröſsten Bestimmtheit, Deutlichkeit und Genauigkeit abzufassende Geschichtserzählung enthalte alle factische Voraussetzungen für die Klage und nichts weiter. Demnach vergesse der Kläger nicht, auch diejenigen Umstände anzuführen, wodurch die active oder passive Legitimation zur Sache ausser Zweifel gesetzt wird.

1) Daher der Unterschied zwischen libellus citationis et actionis. Wo Präsentationsschreiben (§. 123.) üblich sind, ist noch einige Aehnlichkeit mit dieser ehemaligen Einrichtung.

2) J. R. A. §. 34.

Anm. Unterschied zwischen punktweise abgefaſsten und articullirten Libellen, welche letztere verboten sind. J. R. A. §. 34.

2. Der Kläger mische nicht in die Geschichtserzählung Anführungen und Widerlegungen von Behauptungen, auf welche der Beklagte eigentliche factische Einreden gründen kann, damit er nicht selbst dadurch eine bey der Beweisregulirung ihm schädliche Verwirrung begründe. Die Praktiker drücken dies gewöhnlich so aus: man mische nicht die Replick in das Libell, eine Regel, welche in Ansehung aller factischen Einreden ganz ohne alle Ausnahme richtig ist, auf andre Einreden dagegen, und namentlich auf die sogenannte des fehlerhaften Libells, sehr unrichtig angewendet werden würde.

3. Da es die Gesetze in die Willkühr des Klägers stellen, ob er die in der Geschichtserzählung angeführten Umstände sogleich mit Beweisen belegen, oder doch die Beweismittel für dieselben angeben wolle (anticipirter Beweis), oder nicht 1), so wird man gewöhnlich bey dem Beweise durch Zeugen mehr Gründe für das letztere finden, bey dem Beweise durch Augenschein und Urkunden hingegen wird man häufig durch die Beobachtung des ersteren nicht nur zu einer schnelleren Beendigung des Verfahrens gelangen, sondern auch den Vortheil erhalten, daſs man, durch getäuschtes Zutrauen auf diese Beweismittel, sich nicht des Gebrauchs anderer beraubt, weil, bey vergeblich versuchtem anticipirten Beweise, immer besserer Beweis nachgelassen werden muſs 2).

1) J. R. A. §. 35 39.

2) *Gönner* II. 33.

4. Die Bitte durch eine gelehrte Ausführung zu unterstützen, ist, wenn sie aus allgemeinen Rechtssätzen fliefst, fehlerhaft, (§. 117.) 1).

5. Dagegen darf es, zur Begründung einer Klage, nie als genügend betrachtet werden, wenn der Kläger blofs die Art von Recht, welche er sich zuschreibt und aus welcher er klagt (Eigenthum, Erbrecht, obligatio), angiebt [fundamentum agendi proximum s. generale], sondern es müssen auch die factischen Gründe, aus welchen man sein Recht ableitet [fundamentum agendi remotum s. speciale], angeführt werden 2). Zwar wollen dieses viele in Ansehung der dinglichen Klagen nur für räthlich halten 3), allein der, in der römischen Gerichtsverfassung liegende Grund, dafs der Prätor zwar wohl aus dem Eigenthumsrechte, Erbrechte u. s. w., keineswegs aber aus dem Obligationenrechte im Allgemeinen eine, für dieses nicht existirende Klage geben konnte, entscheidet bey unsrer Gerichtsverfassung nicht, in welcher vielmehr der aufgestellte, aus der Natur der Sache fliefsende Grundsatz hinlänglich gesetzlich bestätigt ist 4). Nie kann der Richter als verbunden betrachtet werden, ein Verfahren einzuleiten, wenn er nicht, unter Vor-

Von den Vortheilen und Nachtheilen der Beweisanticipationen nach *Gönner* a. a. O.

1) J. R. A. §. 96.

2) XLIV. 2 D. fr. 14 §. 2 L. 17. fr. 159. II. 3. X. c. 3.

3) XLIV. 2 D. fr. 27. junct. fr. 11 § 2.

4) Ich rechne dahin II. 1. X. c. 10. und den Geist der Verfügung des J. R. A. über die specielle litis contestatio. Vergl. auch *Gönner* II. 30. IV.

aussetzung der Wahrheit der von dem Kläger vorgetragenen Facten (nicht aber seiner Urtheile), seine Bitte begründet findet.

6 Das Gesuch muſs, so viel es nach der Natur der angestellten Klage möglich ist, bestimmt und der Verbindlichkeit des Beklagten durchaus gemäſs eingerichtet werden. Bittet man in Ansehung der Zeit, des Orts, der Sache selbst, oder der Beschaffenheit der Schuld zu viel, so hat man, wenn gleich die römischen Strafen der pluris petitio bey uns keine Anwendung finden, es dennoch sich selbst zuzuschreiben, wenn man in dem ersten Falle, wo der Beklagte gewöhnlich noch zur Zeit von der Instanz zu entbinden ist, so wie in den andern Fällen, wenn der Beklagte seine eigentliche Schuld zu leisten sich erbietet, in die unnöthig verursachten Kosten verdammt wird.

§. 167.

Fortsetzung. Von Klagenhäufungen.

7. Vorzüglich hüte sich der Kläger, daſs er nicht mehrere Klagen in demselben Libelle verbunden vortrage, in Ansehung welcher der Richter, nach den Gesetzen und der processualischen Ordnung, die Häufung (cumulatio actionum) nicht zugeben darf. Es ist nämlich zu bemerken, I. daſs in allen Fällen, wo mehrere Klagen einem Kläger gegen mehrere Beklagte, oder mehreren Klägern gegen einen Beklagten, oder mehreren Klägern gegen mehrere Beklagte zustehen, (welches man auch wohl eine subjective Zusammenkunft von Klagen nennt),

schlechterdings keine Klagenhäufung gestattet werden dürfe, wenn nicht die Mehreren als Streitgenossen zu betrachten sind, wo aber eigentlich der Begriff einer Klagenhäufung wegfällt 1). Wenn hingegen II. demselben Kläger gegen denselben Beklagten mehrere Klagen zustehen (concursus actionum objectivus sensu generali), so können diese *a*) aus verschiedenen Quellen entspringende und auf verschiedene Gegenstände gerichtete seyn, in welchem Falle allerdings eine Klagenhäufung Statt findet, wenn nur der Richter in Ansehung aller zuständig ist, alle dieselbe Procefsart zulasssen (vergl. §. 227.) und ihre Zahl nicht so grofs ist, dafs sich eine Verwirrung des Processes befürchten liefse 2), oder sie können *b*) auf denselben Gegenstand gerichtet seyn, oder doch aus derselben Quelle entspringen. In diesem letzteren Falle ist eine eigentlich sogenannte Zusammenkunft von Klagen (concursus actionum objectivus proprie sic dictus) vorhanden, deren Verhältnifs gegen einander wieder sehr verschieden ist. α) Bald sind diese mehrere Klagen der Art, dafs sie, auf ganz verschiedene Zwecke gehend, alle mit Wirkung angestellt werden können, ohne dafs die Wirkung der einen von der der andern abhängt (cumulative Zusammenkunft), β) bald sind es solche Klagen, von welchen die eine nur nach der andern

1) arg. XLIV. 11. D. fr. 6 Von der Concurrenz der Klagen s. *Thibaut* Civil. Abh. 1. IX.

2) I. 3. c. 3. 6to.

mit Wirkung gebraucht werden kann, es sey nun, daſs die eine noch ihre volle Wirkung äussere, selbst wenn die andere ihre volle Wirkung gleichfalls geäuseert hat (wie bei den vorbereitenden Gesuchen im Verhältnisse gegen die Hauptklage), oder daſs die eine nur dann noch von Wirkung seyn kann, wenn durch die andere nicht schon der Zweck derselben mit erreicht worden ist, (successive Zusammenkunft), bald endlich *c*) sind es solche Klagen, wovon zwar die eine so gut, wie die andere gebraucht werden könnte, bey welchen aber der wirkliche Gebrauch der einen den der andern nothwendig ausschlieſst (elective Zusammenkunft). — In dem letzten Fall kann keine Klagenhäufung Statt finden. Bey der cumulativen Zusammenkunft von Klagen hingegen ist allerdings die Häufung zulässig und es steht hier nichts im Wege, um über die gehäuften Klagen zugleich zu verfahren und in einem Urtheile zu entscheiden. Bey der successiven Zusammenkunft endlich ist eine successive Klagenhäufung nur dann zulässig, wenn die eine Klage der andern den Weg bahnt, und räthlich ist sie in diesem Falle nur alsdann, wenn das Verhältniſs der beyden Gesuche ein solches ist, daſs ein eventuelles Handeln über dieselben zu gleicher Zeit und eine eventuelle Verbindung der Entscheidung über das eine mit der Entscheidung über das andere nicht als widersprechend erscheint. Auch kann selbst eine alternative Cumulation bey successivem Concurs alsdann gedacht werden, wenn die eigentlich suc–

cessiv concurrirenden Klagen doch nicht in dem Verhältnisse stehen, daſs die eine nothwendig der andern erst den Weg bahnen muſs (wie zum Theile bey dem Verhältnisse des possessorii zu dem Petitorio nach canonischem Rechte).

Eine alternative Cumulation wird übrigens, auch ohne alle Concurrenz von Klagen, alsdann ohne Anstand gestattet werden, wenn der Kläger in einer, vor der Hand noch nicht zu entfernenden Verlegenheit über die Frage: welche von mehreren Klagen hier die eigentlich Statt findende sey, (z. B ob rei vindicatio, oder actio Publiciana, ob rei vindicatio, oder hereditatis petitio) sich befindet, in welchem Falle alsdann in der Folge, nach der Verschiedenheit der Antwort des Beklagten, nur die eine fortgesetzt und die andere fallen gelassen wird.

In allen Fällen, wo die zu häufenden Klagen eine besondere Geschichtserzählung erfordern, müssen im Grunde so viele besondere Libelle, als besondere Klagen vorgetragen werden sollen, jedoch in demselben Schreiben verbunden, abgefaſst werden, wenn nicht gerade die mehreren Facta nur aus öfteren Wiederholungen einerleyartiger Geschäfte bestehen. Wo aber die Geschichtserzählung für die zu häufenden Klagen dieselbe ist, da wird erst bey der Anführung des Rechtsgrundes, oder in der Bitte zwischen den mehreren Klagen unterschieden 1).

1) *Gönner* Erörterungen über den gemeinen Proceſs zu *Danz* n. X.

§. 168.

Fortsetzung. Clauseln, Verbesserung und Veränderung der Klage.

8. Der Kläger enthalte sich auch hier aller der, wenn auch noch so sehr gebräuchlichen Clauseln, deren man sonst für das Klaglibell eine ansehnliche Menge aufzustellen wuſste 1). Selbst die sogenannte heilsame Clausel kann als völlig unheilsam, bey Seite gesetzt werden.

9 Er mache sich die höchste Sorgfalt bey dem Vortrage der Klage zum unverbrüchlichen Gesetze, damit dieselbe, sowohl in dem Wesentlichen als Auſserwesentlichen, seinen Absichten entspreche. Es ist zwar keinem Zweifel unterworfen, daſs Verbesserungen ausserwesentlicher Fehler (emendatio libelli) zu jeder Zeit, während des Laufs der Verhandlungen, vorgenommen werden können, allein ausser dem, daſs durch dergleichen Fehler Verwirrungen des Processes veranlaſst werden können, fallen alsdann dem Kläger alle durch seine Fehler begründete Kosten allein zur Last. In wesentlichen Stücken dagegen (dem Gegenstande des Streites, dem Klaggrunde, der Proceſsart) kann die Klage nur vor der Einlassung des Beklagten abgeändert werden (mutatio libelli), denn nach der Einlassung braucht sich der Beklagte seine, auf einen in wesentlichen Merkmalen verschiedenen Rechtsstreit berechnete Vertheidigung nicht auf einen veränderten Rechtsstreit hinüber ziehen zu lassen und es kann daher alsdann eine

1) Danz Grundsätze des ord. Proc. §. 79. 80.

Veränderung nur auf die Art geschehen, daſs der Kläger den ganzen bisherigen Proceſs, mit Uebernehmung aller Kosten, fallen läſst, und durch Uebergebung eines veränderten Libells, ein neues Verfahren begründet 1).

§. 159.

Richterliche Prüfung und Verfügung auf das Klaglibell.

Die Prüfung des Klaglibells wird ganz durch die oben (§. 123.) angegebenen Rücksichten bestimmt und muſs zu den dort bezeichneten Resultaten nothwendig hinführen.

Nie darf daher der Richter das ordentliche Verfahren einleiten (processus citationis erkennen),

I. so lange seine Competenz noch nicht ohne Zweifel begründet erscheint. In diesem Falle muſs vielmehr der Richter, wenn er sich incompetent findet, des Klägers Suchen ganz, wenn er seine Competenz noch nicht hinlänglich begründet findet, mittelst eines Vorbescheides abschlagen 2).

II. So lange das Libell mit Fehlern, welche einer zweckgemäſsen Verhandlung ent-

1) IV. 6. J. §. 35. widerspricht nicht, V. 1. D. fr. 23. II. 1. X. c. 15. Daſs die römischen Gesetze in der Form des römischen Verfahrens einen näheren Grund für die Wahrheit der Behauptung des §. finden, thut nichts zur Sache. Vergl. *Gönner* Handb. I. 25.

2) Daſs Klägers Suchen dahier nicht Statt finde. Im letztern Falle kömmt hinzu: würde dagegen Kläger die Gerichtsbarkeit — — — besser, als geschehen, begründen, s. w. w. e, w. r.

gegenstehen, behaftet ist. Hierhin gehören:

1. Von Sachfehlern *a*), wenn, selbst nach den vorgetragenen Facten, die Bitte ganz 1), oder doch noch zur Zeit 2) verwerflich ist, *b*) wenn es noch an der Activ-Legitimation fehlt, oder *c*) die Facten, welche die Bitte begründen können, nicht vollständig angeführt sind (§. 166. n. 5.). In diesen beyden Fällen wird das Gesuch, mittelst Vorbescheides, angebrachtermaaſsen verworfen 3).

2. Von Fehlern des Vortrags alle diejenigen, welche eine zwekmäſsige Verhandlung entweder unmöglich machen, wie unzulässige Klagenhäufungen (§. 167), oder welche das Verfahren mit unnützen Weitläufigkeiten anfüllen würden, oder endlich eine Verletzung des richterlichen Ansehens, oder der Rechte der Gegenparthie enthalten (§. 58.).

3. Von den Fehlern der äussern Form 4) alle, welche nicht, nach den Gesetzen, bloſs Strafe nach sich ziehen. In allen diesen n. 2. und 3 bemerkten Fällen wird das Gesuch des Klägers gleichfalls vermittelst Vorbescheides (not. 1) abgeschlagen 5).

1) Daſs Klägers Suchen nicht Statt habe.

2) — — — — noch zur Zeit nicht Statt habe

3) — — — — angebrachter massen nicht Statt habe, würde dagegen u. s. w.

4) Z. B. Curialien, Stempelpapier.

5) Immer verdient bey Fehlern der Libelle der Sachwalter wenigstens die Weisung, daſs er für seine fehlerhafte Arbeit nichts in Rechnung zu bringen und die Kosten des Abschlag-Decrets seinem Clienten zu ersetzen habe. *Martin* §. 139. n. h.

Wenn der Richter bey dieser pflichtmässigen Prüfung der vorgebrachten Klage mit strenger Gewissenhaftigkeit verführe, dann würden so manche unnöthige Weitläufigkeiten aus den Processen verbannt werden, und man würde selten von Einreden des Beklagten gegen das fehlerhafte Libell (exceptio libelli inepti) hören, welche, wo sie gegründet sind, häufig nur als traurige Merkmale der richterlichen Unthätigkeit und Nachlässigkeit erscheinen.

Findet der Richter die angebrachte Klage zur Veranlassung einer zweckgemäſsen Verhandlung der Sache geeignet, dann muſs er, wenn nicht die Gesetze noch andere Präliminarhandlungen verlangen (§. 124.), durch gehörige Ladungen oder Auflagedecrete die Einlassung des Beklagten auf die mitzutheilende Klage zu bewirken suchen, wodurch denn die erste Haupthandlung des Beklagten — die Antwort auf die Klage — veranlaſst wird.

§. 170.

Von der Antwort des Beklagten. a) Unterschied zwischen der Einlassung und den eigentlichen Einreden.

Man kann bey dieser wichtigen, auf die ganze Verhandlung des Rechtsstreites den entscheidendsten Einfluſs äussernden proccessualischen Handlung unmöglich zu richtigen Begriffen und Grundsätzen gelangen, wenn man nicht von dem wesentlichen Unterschiede zwischen ihrem möglichen Inhalte ausgeht, welchen unsre Gesetze zum Grunde gelegt und welchen sie bey allen processualischen Verfügungen unverrückt vor Augen behalten haben.

Die Antwort des Beklagten nämlich kann enthalten 1. eine Erklärung desselben über die Procefsbitte des Klägers und die Voraussetzungen zu der Begründung derselben. Diese Erklärung kann, wenn der Beklagte behauptet, daſs der Procefsbitte nicht zu willfahren sey, theils auf eine Abläugnung der Wahrheit der ausdrücklich, oder stillschweigend für dieselbe vorausgesetzten Verhältnisse, theils aber auch auf die Behauptung eigenthümlicher Verhältnisse gegründet werden, welche jene Bitte, wenn sie auch in allen sonst in abstracto erforderten Voraussetzungen gegründet wäre, doch hier in concreto Ausnahmsweise als ungegründet darstellen (z. B. auf die Behauptung eines pacti temporalis de non petendo). Die juristische Kunstsprache unterscheidet aber diese verschiedenen Arten der Vertheidigung gegen die Procefsbitte nicht, sondern nennt sie in dem einen wie in dem andern Falle, nach ihrem Zwecke, verzögerliche Schutzreden oder Einreden (exceptiones dilatorias).

Die Antwort des Beklagten kann aber und muſs, der Regel nach, enthalten 2.) eine Erklärung desselben über die Sachbitte des Klägers und die Voraussetzungen zu der Begründung derselbeu. Auch hier kann die Vertheidigung des Beklagten bald auf die gänzliche oder theilweise Abläugnung der Wahrheit der für die Klage ausdrücklich oder stillschweigend vorausgesetzten factischen Verhältnisse, oder der daraus gezogenen Folgerungen, bald auf die Behauptung eigenthümlicher Verhältnisse

gegründet werden, welche die im Allgemeinen in allen ihren Voraussetzungen gegründete Klage hier doch im gegebenen Falle als in der Sache ungegründet darstellen. Die Vertheidigung der letzteren Art nennt die Kunstsprache zerstörliche Schutzreden oder Einreden (exceptiones peremtorias), die der ersteren Art dagegen pflegte zwar eine verkehrte Praxis häufig auch in die Form von Einreden zu hüllen, die Kunstsprache aber stellt sie als eine Art der Einlassung (Litiscontestatio) dar, indem sie mit diesem Namen die bejahende oder verneinende Erklärung des Beklagten über die der Klage zum Grund liegenden Facten und die daraus abgeleiteten Folgerungen belegt 1).

Es ist von großer Bedeutung, den Unterschied zwischen diesen beyden Arten der Vertheidigung, welchen die Kunstsprache durch die angegebenen verschiedenen Bezeichnungen bestimmt hervorhebt, nie zu übersehen und Grundsätze, welche nur auf die eine dieser Vertheidigungsarten passen 2), nie auf die andere anzuwenden, wenn man sich auch in der Praxis bemühen sollte, verneinende Einlassungen in der Form vor Ein-

1) Nach dem Begriffe des J. R. A. Ganz etwas anders ist die röm. Litis contestatio.
Ueberh. s. *J. Ph. Hahn* de necessitate et utilitate L. C. spec. in *Pütteri* Opusc. rem. jud. imp. illustrant. n. XIII.

2) Man nehme nur den Anfang des 1. Tit. des 44ten Buchs der Pandecten: „Agere etiam is videtur, qui exceptione utitur; nam reus in exceptione actor est."

reden, möglich in der Form verneinender Einreden als scheinbare Gegenstände für eine solche Anwendung darzustellen.

§. 171.

Fortsetzung. Verzögerliche Einreden und Wirkung derselben.

Alle verzögerlichen Einreden beruhen entweder auf einer, durch die Natur der Streitsache, oder durch gesetzliche und vertragsmässige Bestimmungen begründeten Befugniſs des Beklagten, vermöge welcher er, bevor irgend etwas geschehen, oder ein bestimmter Zeitraum verflossen ist, sich in einen Rechtsstreit über diese Sache einzulassen nicht verbunden werden kann, oder es wird durch dieselben behauptet, daſs der Beklagte darum an diesen Verhandlungen über die Streitsache nicht den erwarteten Antheil nehmen könne, weil noch irgend eines der, nach den processualischen Gesetzen, zu einer ordentlichen Verhandlung des Rechtsstreites nothwendigen Erfordernisse fehle 1).

Die Wirkung, welche die Vorschützung dieser Einreden hervorbringen kann, besteht demnach darin, daſs sich der Beklagte durch sie, vor der Hand von der Verbindlichkeit,

1) So kann bald der Mangel einer Verbindlichkeit des Beklagten vor diesem Gerichte zu verhandeln (exceptiones fori declinatoriae §. 29. 54.), bald ein Mangel der gesetzlichen Erfordernisse in Ansehung der Parthieen (§. 54. 58. 157). oder ihrer Sachwalter (§. 60. folg.), bald ein Mangel in Ansehung des Vortrags der Klage (§. 169.), oder der auf dieselbe erlassenen richterlichen Verfügung (§. 126. 127.), den Grund solcher verzögerlichen Einreden enthalten.

über die von dem Kläger angebrachte Klage selbst vor dem Richter zu verhandeln, mithin auch von der ersten, ihm izt angemutheten, Verhandlung — der Einlassung auf die Klage — zu befreyen im Stande ist. Weil indessen, wenn nur kein Grund einer absoluten Nichtigkeit des gerichtlichen Verfahrens bey der vorhandenen Lage der Sache erhellet, der Beklagte demohnerachtet sich gültig einer Verhandlung des Rechtsstreites, auch ohne eine schon Statt findende Verbindlichkeit, unterziehen darf, so ist es natürlich, daſs alle diese Einreden, sobald nur nicht ohne ihre Erledigung das ganze Verfahren als ein absolut nichtiges erscheinen müſste, vor der Einlassung vorgebracht werden müssen 1), wenn nicht die Unterlassung dieses Vorschützens als eine concludente 2) Aeusserung des Beklagten, daſs er von denselben keinen Gebrauch machen wolle, betrachtet werden soll.

So sehr indessen unsre Gesetze die, aus dem Gebrauche verzögerlichen Einreden für den Beklagten entspringenden Rechte anerkennen, so verordnen 3) sie dennoch, weil die meisten dieser Einreden, ohne daſs darum die

1) J. R. A. §. 37.

2) Als eine solche concludente Aeusserung kann aber die unterlassene Vorschützung alsdann natürlicher Weise nicht betrachtet werden, wenn zur Zeit der Einlassung die Einrede noch nicht gebraucht werden konnte, oder die Gesetze, wie in Ansehung der Einrede der Entsetzung (spolii II. 10. X. c. 2. 4.) das Gegentheil bestimmt haben.

3) J. R. A. §. 40.

Verhandlung der Sache zu leiden brauchte, leicht erledigt werden können, sehr weislich, daſs mit der Vorschützung derselben, zur Beschleunigung der Verhandlungen, eine eventuelle, auf den Fall der Nichterledigung der Einreden, dem Beklagten gänzlich unschädliche Einlassung verbunden werden solle; — eine Verordnung, welche jedoch alsdann keine Anwendung finden kann, wenn die Einrede entweder ihrer Natur nach, keine Beseitigung zuläſst 1), oder man in dem bestimmten Falle darüber gewiſs ist, daſs sie nicht werde beseitigt werden können 2).

§. 172.

Fortsetzung. Zerstörliche Einreden und Wirkung derselben.

Alle zerstörlichen Einreden können entweder in der Berufung auf neuere Rechtssätze bestehen, durch welche, selbst unter Voraussetzung der Wahrheit dessen, was der Kläger vorgebracht hat, der Beklagte sich gegen die rechtlich gegründete Klage zu schützen vermag (exceptiones juris), oder in der Berufung auf Thatumstände, welche die Ansprüche des Klägers ganz oder zum Theile zu vernichten (exceptiones facti) rechtlich vermögen. — Zur

1) Deſswegen macht das Gesetz selbst bey fori declinatorischen Einreden eine Ausnahme.

2) Denn alsdann kann man sich ohne Gefahr den Folgen der unterlassenen Einlassung, welche doch nur in einer Strafe des verzögerten Processes (§. 40. J. R. A.) bestehen könnten, aussetzen.

Beschleunigung der Verhandlungen sollen die einen, wie die andern der Einlassung auf die Klage, welche sie, wenn nicht alle Ordnung bey den Beweisen bey Seite gesetzt werden soll, nicht aufhalten können, bey Strafe des Verlustes, angehängt werden 1).

Nur dann können sie den Beklagten selbst von einer förmlichen Einlassung befreyen und das ordentliche Verfahren über die Klage aufheben (litis ingressum impedientes seyn), wenn sie, die Ansprüche des Klägers in ihrem ganzen Umfange zerstörend, entweder ohne Beweis unumstöslich sind, oder auf der Stelle durch klare Briefe und Siegel (instrumenta guarentigiata) erwiesen werden können (exceptiones in continenti liquidae), denn in diesem Falle kann man dem Beklagten eben so gut auf ein ausserordentliches, schleuniges, zur Lossprechung hinführendes Verfahren Ansprüche geben, als der Kläger, bey gleichem Beweise seiner Klage, die Vortheile des executivischen Verfahrens geniefst 2), um zu einer schleunigen Verurtheilung des Beklagten zu gelangen.

Uebrigens darf man nicht vergessen, dafs unter der Verordnung, welche die Verbindung der peremtorischen Einreden mit der Einlassung gebietet, diejenigen Einreden nicht begriffen seyn können, welche 1. damals noch nicht vorgebracht werden konnten, oder 2. als gegen

1) J. R. A. §. 40.

2) Ob wirklich die Gesetze solche Ansprüche dem Beklagten geben, ist sehr zweifelhaft. Darüber, so wie über die Einrichtung des Verfahrens, wird unten, beym Executiv-Procefs gehandelt werden.

eine unheilbare Nichtigkeit gerichtet, selbst noch nach dem Urtheile würden gebraucht werden können. Ausserdem rechnet man sehr häufig zu den ausgenommenen Einreden auch noch 3. die sogenannten privilegirten, worunter man nicht nur die exceptiones SCti Macedoniani und Vellejani 1), sondern auch, nach kanonischen Grundsätzen, alle Arten der exceptio doli versteht 2). Wie man indessen in Ansehung der letzteren 3) diese Behauptung selbst nur mit den Worten des J. R. A., welcher *alles* auf einmal mit der ersten Antwort des Beklagten eingebracht haben will, vereinigen könne, ist schwer einzusehen, noch schwerer aber, wie bey einer solchen Behauptung der wohlthätige Geist dieses Reichsgesetzes bestehen könne 4). So viel geben jedoch selbst die Vertheidiger jener Behauptung zu, daſs dergleichen Einreden, wenn sie sogar noch bey der Vollstreckung sollen gebraucht werden können, der Natur des Executions-Verfahrens gemäſs 5), auf der Stelle erwiesen werden müſsten.

1) XIV. 6. fr. 11. XVI. 1. fr. 8. §. 2.

2) Z. B. Solutionis, compensationis u. s. w. vergl. *Danz* §. 186. u. die das. angef.

3) Denn in Ansehung der ersteren ist die Behauptung allerdings gegründet, weil der Grund des jüngsten Reichsabschiedes nur auf factische Einreden paſst.

4) *Gönner* a. a. O. §. XI.

5) J. R. A. §. 178.

§. 173.

b) *Von dem Vortrage der Antwort.*

Die Einlassung soll nach den Gesetzen 1) eine bestimmte, deutliche, auf jede einzelne, der Klage zum Grunde liegende, factische Behauptung eine unumwundene Einräumung oder Abläugnung enthaltende Erklärung seyn. Allgemeine Einlassungen sind daher verboten, doch ist es dem Gesetze nicht entgegen, mehrere einzuräumende Punkte zusammen zu fafsen.

Uebrigens ist die Antwort des Beklagten, wenn sie auch keine Einreden vorträgt, doch immer Deductionsschrift. Die Erklärung über die Behauptungen des Klägers ist die Geschichtserzählung in dieser Gegendeduction 2), aus welcher der Beklagte, durch die Subsumtion ihrer Merkmale unter gesetzliche Wahrheiten (bald mit, bald ohne juristische Ausführung [§. 166. 4.]) ein der Bitte des Klägers entgegenstehendes Gesuch ableitet.

Auch der Vortrag einer Einrede ist eine Deduction, bey deren Verfertigung die meisten Regeln von dem Vortrage der Klagen ihre Anwendung finden können. Sind mehrere Einreden zu verbinden, so werden, wie bey den Klagenhäufungen, eben so viele besondere Deductionen an einander gereiht werden müssen, wenn nicht das gleichartige Gesuch derselben

1) J. R. A. §. 37.

2) Aus diesem Gesichtspunkte betrachtet der §. 37. des J. R. A. selbst die Einlassung.

(wie bey mehreren, von der Einlassung befreyenden, bey mehreren, aus verschiedenen Ursachen Sicherheitsleistungen von dem Gegner fordernden, bey mehreren peremtorischen etc.) eine Verbindung in einem deducirenden Vortrage, ohne daſs der Deutlichkeit dadurch geschadet würde, erlaubt. Dieses letztere wird, aus demselben Grunde, auch wenn zerstörliche Einreden mit der Einlassung verbunden werden sollen, mit Vortheil geschehen können.

Die Antwort des Beklagten (die sogenannte Exceptionsschrift) erscheint daher bald als eine einfache, bald als eine, öfters auf mehrfache Art zusammengesetzte Deductionsschrift. Als einfache, wenn entweder bloſs eine oder mehrere von der Einlassung befreyende Einreden, oder eine bloſse Einlassung, oder die Einlassung in Verbindung mit zerstörlichen Einreden, in einer deducirenden Ausführung vorgetragen wird, als zusammengesetzte dagegen, wenn verschiedenartige Einreden vorgetragen werden, oder die Einlassung, mit oder ohne zerstörliche Einreden, an die verzögerlichen Einreden geknüpft wird. Was die Ordnung betrifft, in welcher die mehreren verzögerlichen oder zerstörlichen Einreden zu verbinden sind, so ist diese im Ganzen ziemlich willkührlich; passend ist es aber gewiſs, wenn man, neben den Gerichtsstand ablehnenden Einreden, noch andere verzögerliche und vielleicht auch eine Einlassung vortragen will, jene allem anderen vorauszuschicken, weil, wenn jene nicht verworfen werden können, sie alsdann alles übrige unnöthig machen.

§. 174.

Einige Vorsichtsregeln bey dem Vortrage der Antwort des Beklagten.

1. Alle Einreden, durch welche sich der Beklagte selbst einer eventuellen Einlassung entziehen will, beweise er sogleich, damit ihn nicht, nach der Analogie der Gesetze 1), Strafe treffe, oder ihm doch wenigstens die Kosten des verzögerten Processes zur Last fallen. Alle andern dilatorischen Einreden beweise er, wenn sie eines Beweises bedürfen, ehe zu dem ersten Urtheile geschritten wird, denn wenn man auch nicht, mit der gemeinen Meinung 2), als gewiſs behaupten kann, daſs der Richter die unbewiesenen Einreden dieser Art unbeachtet lassen dürfe 3), so hat man doch immer diese gemeine Meinung und den Gedanken, daſs man absichtlich den Proceſs in die Länge zu ziehen suche, zu fürchten.

2. Der Beklagte gebrauche keine Einrede, wie es hier und da Sitte ist, als bloſse Formalität, am wenigsten aber suche er dasjenige, was im Grunde theilweise Abläugnung des Klagegrundes ist, in der Form von Einreden darzustellen. Wer es weiſs, wie schwer es ohnehin öfters ist, den Beweis richtig zu reguliren, der wird es gewiſs thörigt finden müssen, wenn man den Richter selbst noch irre zu führen sucht.

3. Ist die Geschichtsdarstellung in der Klage so unrichtig und verstellt, daſs der Be-

1) J. R. A. §. 40.

2) *Danz* §. 196. u. die das. angef.

3) *Martin* §. 107. not. n.

klagte glaubt, der Richter werde, auch bey der genauesten Einlassung, dennoch eine ganz falsche Vorstellung von dem eigentlichen Vorgange erhalten, so ist es räthlich, der Einlassung eine richtige Darstellung der Geschichte vorauszuschicken, welches aber keineswegs von der wirklichen Einlassung befreyen kann.

4. Läugnen wider besseres Wissen ist selbst nicht der Klugkeit gemäfs, indem die Gesetze an mehreren Orten empfindliche Nachtheile mit demselben verknüpft haben 1).

5. Uebrigens ist es kein Widerspruch, mit einer negativen Einlassung zerstörliche Einreden zu verbinden, denn, wenn diese auch nur unter der Voraussetzung der Einräumung der Klage gedacht werden können, so ist doch nichts dagegen, sie als eventuelle Schutzmittel gegen die Klage, wenn diese bewiesen seyn würde, zu betrachten. Dieses ist der Gesichtspunct, von welchem unsre Gesetze ausgehen, wenn sie in der Vorschützung der Einrede an sich keine Einräumung der Klage finden 2).

Da indessen nach dem J. R. A. der Beklagte nur affirmativ, nicht negativ sich generell und implicite auf die Klage einlassen darf, die in contumaciam fingirte generelle negative Einlassung aber den

1) Die Fälle siehe bey *Wehrn* Grundrifs der Lehre von gerichtlichen Einwendungen §. 60.

2) XLIV. 1. fr. 9. „non utique existimatur confiteri de intentione adversarius, quocum agitur, quia exceptione utitur“ Cod. VIII. 38. const. 9. II. 25, X. c. 6.

Verlust der Einreden zur Folge hat, so kann man, nach diesem Gesetze, den Willen dessen, welcher blofs, ohne sich über die Klage zu erklären, eine gemeine 1) zerstörliche Einrede vorschützt, nicht anders, als auf eine allgemeine, stillschweigende bejahende Einlassung gerichtet betrachten 2)

§. 175.

Verfahren, wenn der Beklagte nicht antwortet.

Wenn der Beklagte gar nicht antwortet, so fallen ihm, wenn der versäumte Termin ein dilatorischer war, die verursachten Kosten zur Last (§. 129.), und es wird ein weiterer Termin zur Einlassung angesetzt. War hingegen der Termin ein peremtorischer, so wird, nach vor-

1) Von Procefshindernden Einreden wird unten gehandelt.

2) *Gönner* Handb. I. 13. Dagegen *Weber* Beyträge zu der Lehre von gerichtlichen Klagen und Einreden n. 15. Warum liegt darin, dafs der von dem vermeintlichen Intestaterben in Anspruch genommene Besitzer der Erbschaft sich blofs darauf beruft, dafs er Testamentserbe seye, — kein Anerkenntnifs der Intestatserben-Eigenschaft des Klägers? Ich glaube allerdings, dafs darin kein solches Anerkenntnifs liege, aber nicht aus dem von *Gönner* §. ult. angeführten Grunde, sondern darum, weil der Beklagte hierdurch im Grunde sagt: gegen mich kannst du nicht hereditatis petitionem simplicem, sondern nur qualificatam anstellen. Indem der Beklagte hierdurch nur die gewählte Klage als eine unrichtig gewählte (inepte) darstellt, bleibt es ihm offenbar unbenommen, sich dereinst gegen die angsstellte richtige Klage auf jede mögliche Art zu vertheidigen.

hergegangener Ungehorsamsanzeige (§. 130.), die Einlassung für verneinend geschehen angenommen, alle mit der Einlassung bey Strafe des Verlustes zu gebrauchenden Einreden gehen verloren, und der Kläger wird zum Beweise seiner Klage zugelassen 1). Nur wenn der Beklagte ein solcher ist, dessen Geschäfte andere besorgen müssen, kann nicht gegen ihn, als einen Versäumenden vorgeschritten werden, sondern der Richter muſs diejenigen, welche für ihn zu sorgen haben, zur Erfüllung ihrer Obliegenheiten durch Zwangsmittel anhalten 2).

§. 176.

Richterliche Prüfung und Verfügung auf die Antwort des Beklagten.

Bey der richterlichen Prüfung der Antwort des Beklagten werden folgende Rücksichten als entscheidend betrachtet werden können.

I. In Ansehung der Sachprüfung:

1. Wenn der Beklagte solche Fehler des Libells, welche (nach §. 169.) die Einleitung des Processes hätte hindern sollen, sey es in dilatorischen Einreden oder in der Einlassung, gerügt hat, so wird der Richter, wenn er diese Rüge gegründet findet, nun noch die, nach §. 169. zu treffenden Verfügungen nachholen, welche aber nun schon als, von der Sache, oder der Instanz, entweder unbedingt

1) V. 1. fr. 73. Cod. III. 1. const. 13. §. 3. K. G. O. III. 43. §. 4. I. R. A. §. 36.

2) II. 3. D. fr. un §. 2 K. G. O. a. a. O. §. 6. Dep. A. 1600. §. 95. Gönner zu Danz n. XXXV.

oder unter Nachlassung von Beweisen, absolvirende Sentenzen erscheinen.

2. Ist dieses nicht, so prüft der Richter zuerst die dilatorischen Einreden. Findet er diese sogleich ohne Zweifel gegründet und sind sie von der Art, daſs der Beklagte sich durch dieselben selbst von einer eventuellen Einlassung zu befreyen gesucht hat, so legt er die Abhülfe derselben sogleich dem Kläger auf 1). Ausser diesem Falle veranlassen die verzögerlichen Einreden izt noch kein Decret, es sey denn, daſs der Beklagte durch unzweifelhaft ungegründete Einreden dieser Art sich selbst von der eventuellen Einlassung zu befreyen gesucht habe, wo dann, mit Verwerfung der unstatthaften Einrede, dem Beklagten ein neuer Termin zur Einlassung bestimmt wird 2).

3. Sodann prüft er die unbedingte oder bedingte Einlassung. Ist diese, in so ferne sie verneinend ist, nicht speciell abgefaſst, so decretirt er die Zurückgabe der Antwort mit

1) Es wird jedoch alsdann vorausgesetzt, daſs die Einreden nicht auf eigenthümlichen factischen Verhältnissen beruhen, deren Beweis dem Beklagten obliegt, denn in diesem Falle muſs eigentlich die Exceptionsschrift zum Repliciren mitgetheilt werden und es würde wenigstens in diesem Falle eine richterliche Verfügung von dem oben bezeichneten Inhalte nicht auf die Kraft einer Sentenz Ansprüche haben.

2) Zugleich muſs aber der Beklagte in Strafe wegen der muthwilligen Verzögerung des Processes genommen werden. I. R. A. §. 40.

der Auflage einer bestimmteren Einlassung bey Vermeidung der Contumacialfolgen.

4. Endlich prüft er die zerstörlichen 1) Einreden, welche Prüfung indessen nur dann schon izt eine besondere Verfügung veranlaſst, wenn die Facten, worauf die Einrede sich gründen muſs, nicht vollständig angeführt sind. In diesem Falle wird die bestimmte Angabe dieser Facten, wie bey n. 3., dem Beklagten zuförderst aufgegeben.

II. In Ansehung des Vortrags und der Form wird unter den nämlichen Voraussetzungen, wie bey der Klage (§. 169.), die Zurückgabe zur Verbesserung, jedoch mit einem kurzen Termine, bey Vermeidung der Contumacialfolgen, decretirt.

Findet keine der bezeichneten Verfügungen Statt, so wird die Antwort dem Kläger zur Gegenerklärung (Replik) mitgetheilt 2).

§. 177.

Replik.

Aus demselben Grunde, aus welchem man von dem Beklagten eine Einlassung auf das, was den Angriffen des Klägers zum Grunde

1) Von den Proceſshindernden kann erst unten gehandelt werden.

2) Jedoch nur, wenn die Antwort des Beklagten eine andere Geschichtserzählung, oder eigentliche Einreden enthält. Bey einer bloſs negativen Einlassung würde die Replik keinen Zweck haben. Es folgt daher alsdann gleich das Urtheil. *Sieber* ger. Proc. §. 693. *Martin* §. 111. not. q.

liegt, verlangt, wird man dasselbe von dem Kläger in Ansehung der eigentlichen Einreden des Beklagten, bey welchen dieser der angreifende Theil ist und in so ferne als Kläger betrachtet wird, verlangen, und eben so, wie man es dem Beklagten zugesteht, die Angriffe des Gegners durch entgegengesetzte zu vernichten, oder doch vor der Hand von sich zu entfernen (durch Einreden), eben so wird man dieses dem Kläger in Ansehung der Angriffe des Beklagten zugestehen müssen, woraus denn Einreden gegen die Einreden entstehen, welche in den Gesetzen unter dem Namen der Replicationen vorkommen 1).

Wenn indessen die Gegenerklärung des Klägers auch keine solche eigentliche Replicationen enthält, so führt sie doch den Namen der Replikschrift, gerade so, wie die Antwort des Beklagten den Namen der Exceptionsschrift führt, wenn sie auch keine eigentliche Exceptionen enthalten sollte.

Da bey jener, wie bey dieser der Zweck, welcher die Nachlassung der Schrift oder der Verhandlung als wesentlich erkennen läſst, darin besteht, daſs dem andern Theile die Möglichkeit, seine factischen Vertheidigungsgründe vorzutragen, verschafft werden soll, so läſst sich gegen diesen juristischen Sprachgebrauch nichts einwenden, um so mehr aber dagegen, daſs man nur zu häufig unbedingt die Exceptionsschrift zum Repliciren mittheilt,

1) IV. 13. J. XLIV. 1. fr. 22. §. 1. „Replicatio est contraria exceptio, quasi exceptionis exceptio."

auch wenn der angegebene Zweck, um dessen willen das Repliciren erfordert wird, gar nicht denkbar ist.

Die Replikschrift enthält demnach, sobald die Antwort des Beklagten eine Einlassung auf die Klage enthielte, nothwendig eine Erklärung über diese, sobald die Antwort Einreden des Beklagten aufstellt, nothwendig eine Einlassung auf diese, nur möglicher Weise aber eigentliche Repliken. Sie ist daher bald eine einfache, bald eine zusammengesetzte Deduction, welche, in so ferne sie die Einreden des Beklagten beantwortet, nach den nämlichen Regeln wie die Antwort des Beklagten, in so ferne sie aber eine Erklärung über die Einlassung des Beklagten ist, mit Rücksicht auf diese, als eigentliche Gegendeduction gearbeitet wird.

§. 178. *a.*

Einige Vorsichtsregeln bey der Verfertigung dieser Arbeit.

1. Da diese Arbeit Gegendeduction ist, so beobachte man, so viel es möglich ist, dieselbe Ordnung, welche in der Antwort des Beklagten beobachtet worden ist. Nur wenn die Gesetze der Ordnung von dem Beklagten auffallend verletzt worden sind, muſs man freylich die sonst mögliche Verwirrung des Processes dadurch zu entfernen suchen, daſs man selbst in die Antwort des Beklagten die gehörige Ordnung bringt, und nach dieser seine Gegenerklärung einrichtet.

2. Hat der Beklagte sich in der Antwort von der Einlassung auf die Klage zu befreyen

gesucht, so richte man, indem man die Verwerfllichkeit der zur Bewirkung dieser Befreyung gebrauchten Gründe zeigt, sein Gesuch genau auf die Verfügung, welche der Richter, unter Voraussetzung dieser Verwerflichkeit, hätte erlassen sollen (§. 176.).

3. Gegründete verzögerliche Einreden des Beklagten beseitige der Kläger entweder sogleich, oder erbiete sich wenigstens zu dieser Beseitigung. Von den übrigen zeige er die Verwerflichkeit.

4. In Ansehung der Einlassung vergesse er nicht, wesentliche Mängel derselben ins Licht zu setzen, und, der in diesem Falle nothwendigen richterlichen Verfügung gemäſs (§. 176.), zu bitten, Widersprüche derselben, so viel es möglich ist, zu seinem Vortheile zu benutzen, die Geständnisse des Klägers anzunehmen 1), die abgeläugneten Punkte hingegen auf den künftigen Beweis auszustellen, wenn er nicht etwa sogleich darüber Beweise liefern will, was die Gesetze zwar gewissermasen zu verlangen scheinen 2), was aber bey dem Zeugenbeweise doch nicht unbedingt als räthlich betrachtet werden kann.

5. Am Ende ist es, weil die Replik in der Regel die letzte Handlung des Klägers in dem ersten Verfahren ist, räthlich, bedingt zum richterlichen Spruche zu hintersetzen, worauf das der Ausführung gemäſse Gesuch

1) Nothwendig ist es darum aber nicht. XLII. 2. D. fr. 6. §. 3.

2) J. R. A. §. 45—49.

folgt, welches, wenn es mit dem in der Klage übereinstimmt, nur beziehungsweise auf dieses ausgedruckt zuwerden braucht.

§. 178. b.

Von den Positionen oder Satzstücken.

6. Uebrigens hat der Kläger, wenn der Beklagte sich nicht gehörig eingelassen hat, oder, wegen des Mangels einer genügenden factischen Begründung der Klage, sich nicht genügend einlassen konnte, auch noch ein anderes, vor der eingeführten Verbindlichkeit zur speciellen Einlassung sehr gewöhnliches, aber auch nachher noch in Fällen, wo diese Verbindlichkeit nicht erfüllt worden ist, oder wo die Gerichte factisch nicht genügend begründete Klagschriften zur Verhandlung angenommen haben, gesetzlich erlaubtes 1) Hülfsmittel an den Positionen. Man versteht darunter kurze, in Artikelform gefaſste Fragen über diejenigen Thatumstände, von welchen der Beweis abhängt und über welche, wenn sie von dem, welcher sie behauptet, gleich Anfangs vorgetragen worden wären, der Gegentheil sich bestimmt hätte erklären können und sollen 2). Diese Fragen übergiebt der eine Theil (Ponent) zu dem Ende, um den andern (Ponat), nach vorher von beyden Theilen abgeleistetem Eide

1) J. R. A. §. 41. 49.

2) Der Beklagte kann sich daher der Positionen eben so gut in Ansehung seiner Einreden, der Kläger in Ansehung der Replicationen u. s. w. bedienen.

für Gefährde (juramentum dandorum et respondendorum), darüber abhören zu lassen.

Viele Procefsordnungen haben diese processualische Handlung ganz aufgehoben, auch fällt sie überall, wo der Richter seine Pflicht erfüllt (§. 176. n. 3.), oder wo der Kläger noch in der Replik den Richter zu dieser Pflichterfüllung mit Wirkung auffordert (vorherg. §. n. 4.), als unnöthig hinweg; wenn aber beydes nicht geschehen ist, oder gar der Richter in Thatsachen noch nicht begründete Klagen oder Einreden zugelassen hat, so bleibt sie immer ein wichtiges Hülfsmittel, um Bestimmtheit in ein verdorbenes Verfahren zu bringen und die Facten für den Beweis zu fixiren.

Ueber die Zulässigkeit der Positionen überhaupt und jeder einzelnen Frage insbesondere entscheidet der angegebene Begriff und es ist nur noch zu bemerken, dafs die Verweigerung der Antwort des Ponaten für **Einräumung** der Frage gehalten wird 1).

§. 179.

Verfahren, wenn der Kläger sich nicht auf die Antwort des Beklagten erklärt.

Wenn der Kläger die verlangte Erklärung auf die Antwort des Beklagten gar nicht übergiebt, so hat der Beklagte, sobald der peremtorische Termin von dem Kläger versäumt worden ist, und er aus dessen Ungehorsam Vortheil ziehen will, die Wahl, ob er den Procefs

1) Ueberh. vergl. *Sieber* ger. Proc. §. 694—703.

von seiner Seite zu Ende bringen will, oder nicht. In diesem Falle kann ihm die gebetene Lossprechung von der Instanz nicht versagt werden. In dem ersteren Falle hingegen muſs zwar auf das Gesuch des Beklagten immer die Einlassung auf die Einreden als verneinend geschehen angenommen und der Kläger als seiner eigentlichen Replicationen, in so ferne sie mit der Einlassung zugleich vorgebracht werden muſsten 1), als verlustig betrachtet werden, was aber nun, zur Fortsetzung des Processes selbst, gebeten und verfügt werden müsse, hängt davon ab, ob die Antwort des Beklagten eine Einlassung, und dann, ob sie eine verneinende oder bejahende Einlassung enthalten hatte. Hatte der Beklagte sich nicht eingelassen, so muſs er bitten, daſs, seinem Gesuche gemäſs, nun über die von der Einlassung befreyenden verzögerlichen Einreden, erkannt werde, worauf entweder Absolution von der Instanz, oder, mit Verwerfung der Einrede, Ansetzung eines neuen Termins zur Einlassung erfolgt. Hatte sich der Beklagte verneinend eingelassen, so muſs er bitten, daſs dem Kläger nun der Beweis seiner Klage auferlegt werde. Hatte sich endlich der Beklagte, mit Vorschützung zerstörlicher Einreden, bejahend eingelassen, so muſs er, zu dem Beweise seiner zerstörlichen Einreden zugelassen zu werden, bitten, worauf alsdann nach der Ordnung weiter verfahren wird.

1) Die Verordnungen, welche von den Einreden des Beklagten reden, müssen nämlich durchaus analogisch auch auf die eigentlichen Replicationen, Duplicationen etc. bezogen werden.

§. 180.

Richterliche Prüfung der Replik und Verfügung darauf.

Das, worauf bey der Replik der Richter vorzüglich sein Augenmerk richten muſs, ist die Antwort des Klägers auf die Einreden des Beklagten, wobey seine Prüfung und Verfügung durchaus nach den oben (§. 176.) angegebenen Bestimmungen einzurichten ist. In Ansehung dessen, was der Kläger auf die Einlassnng des Beklagten erklärt, hat der Richter nur darauf zu achten, daſs dadurch keine Verwirrung in dem Processe begründet werde. Sobald nun die Replik nicht verworfen werden kann, so muſs sie, nach dem miſsverstandenen Grundsatze: daſs dem Beklagten das letzte Wort gebühre, einem Grundsatze, welcher allgemein in dieser ungegründeten Ausdehnung, als solcher, aufgenommen worden ist, dem Beklagten, selbst wenn darin keine eigentliche Replicationen enthalten wären, zur Erklärung (Duplik) mitgetheilt werden, ausgenommen wenn der Beklagte in seiner Antwort bloſs verzögerliche Einreden vorgebracht hatte, in welchem Falle immer mit der Replik geschlossen und nun über diese Einreden erkannt wird.

§. 181.

Duplik.

Die zweyte Antwort des Beklagten, in welcher von ihm in der Regel gleichfalls zum richterlichen Spruche hintersetzt wird, kann eben so sehr und auf eben so viele Arten, wie die

Replik des Klägers, eine zusammengesetzte Deduction seyn. Wenn sie alles, was sie ihrer Natur nach enthalten kann, wirklich enthält, so findet man in ihr folgende Bestandtheile: 1. eine Erklärung über dasjenige, was der Kläger auf die Einlassung des Beklagten bemerkt hat, worin der Ungrund dessen, was gegen dieselbe angeführt worden ist, gezeigt, oder, daſs der Kläger die Richtigkeit derselben habe anerkennen müssen, angenommen wird. 2. Eine Erklärung über die Einlassung des Klägers auf die Einreden des Beklagten, welche eben so eingerichtet wird, wie die Erklärung des Klägers über die Einlassung des Beklagten auf die Klage. 3. Eine Einlassung des Beklagten auf die eigentlichen Replicationen des Klägers, welche allenfalls durch den Gebrauch neuer Einreden gegen dieselben, (eigentliche Duplicationen 1)) zerstört werden können. Dieser Theil der Duplik wird nach denselben Regeln bearbeitet, wie derjenige Theil der Replik, worin die Einlassung des Klägers auf die Einreden des Beklagten, nebst den eigentlichen Replicationen, vorgetragen wird. Eigenes ist mithin von dieser Arbeit nicht zu bemerken.

§. 182.

Verfahren, wenn der Beklagte bey der Duplik ungehorsam ist.

Wenn der Beklagte den zur Einbringung der Duplik angesetzten peremtorischen Termin

1) IV. 13. Inst. XLIV. 1. D. fr. 2.

versäumt, so hat die, auf die Bitte des Klägers, Statt findende Ausschliessung dieser Verhandlung, dem bisherigen nach, die Folge, daſs die Einlassung auf die eigentlichen Replicationen des Klägers für verneinend geschehen und der Beklagte des Gebrauches der an diese Einlassung gebundene Duplicationen für verlustig betrachtet werden muſs, übrigens muſs der Kläger, wenn der Beklagte sich auf die Klage verneinend eingelassen hatte, nun, zum Beweise seiner Klage zugelassen zu werden, bitten, wenn aber die Einlassung bejahend geschehen war, sein Gesuch dahin richten, daſs dem Beklagten der Beweis seiner zerstörlichen Einreden auferlegt werde.

§. 183.

Richterliche Prüfung der Duplik und Verfügung auf dieselbe.

Aus den angegebenen Bestandtheilen der Duplik ergiebt sich zugleich, nach welchen Gesichtspunkten der Richter diese Arbeit zu prüfen und was er, als Resultat dieser Prüfung, zu verfügen habe (§. 180. 176. 169.). Wenn die Duplik weder ganz, noch zum Theile verworfen wird, so muſs nun, in der Regel, das erste Verfahren, selbst wenn die Parthieen nicht zum richterlichen Spruche hintersetzt hätten, für geschlossen und die Sache mithin, als zu einem Erkenntnisse reif erklärt werden 1). Die Duplik wird daher dem Kläger bloſs zur Nachricht mitgetheilt und es kann damit die

1) J. R. A. §. 65.

Ansetzung eines Termins zur Anhörung der Eröffnung des Erkenntnisses verbunden werden. Es giebt indessen Ausnahmsfälle, wo der Richter sowohl von Amtswegen weiteres Verfahren verfügen, als auch auf Ansuchen der Parthieen den Actenbeschluſs wieder aufheben muſs.

§. 184.

Von den Ausnahmen, in welchen noch nach der Duplik Verhandlungen Statt finden.

Die Regeln, welche hier entscheiden, sind diese:

1. So oft in der letzten Handlung, mit welcher eigentlich geschlossen werden soll, sey es nun in der Duplik oder in einer der Ausnahmsweise gestatteten folgenden Schriften, auf neue vorgebrachte Thatumstände neue Angriffe gegründet worden sind (eigentliche Duplicationen Quatruplicationen etc.), so muſs auf diese aus demselben Grunde, aus welchem man auf die Klage eine Einlassung erfordert, eine Erklärung des Gegentheils sowohl von Amtswegen verlangt 1), als auch, auf Bitten dieser Gegenparthie, mit Aufhebung des etwa geschehenen Beschlusses der Sache, verstattet werden.

2. Sobald eine der Parthieen neue Thatumstände, welche zur Begründung der Klage, oder der Einreden, Repliken u. s. w. gehören,

1) Aus keinem anderen Grunde kann bey einem ordentlich geführten Procefse eine Verstattung weiterer Verhandlungen von Amtswegen Statt finden. Aufgabe der Beybringung von Rissen, Stammbäumen u. s. w. ist nicht Verstattung weiterer Verhandlungen.

nach dem Beschlusse der Sache erst entdeckt, oder in Erfahrung bringt, so muſs auf ihr Gesuch, nach vorherigem Beweise oder eidlicher Bescheinigung dieses Verhältnisses, der geschehene Actenbeschluſs aufgehoben 1), und eine weitere Verhandlung gestattet werden.

3. Sobald dem Kläger aus den angeführten Gründen eine weitere Verhandlung (es sey nun Triplik, Quintuplik, Septuplik etc.) gestattet werden muſs, nach dem im §. 180. angegebenen Grundsatze, allgemein angenommen, daſs nun dem Beklagten, ohne daſs ein Gesuch um eine deſsfallsige Verstattung nothwendig wäre, das Recht, auf diese weitere Verhandlung gleichfalls weiter zu verhandeln, gebühre, ohne Unterschied, ob der Kläger in dieser weiteren Verhandlung Thatumstände vorgebracht habe, auf welche eine Einlassung erfordert werde, oder nicht.

Uebrigens bedarf es keiner besonderen Regeln für die Verfertigung dieser weiteren Verhandlungen, da sie, im Innern sowohl als im Aeuſseren, mit den bisherigen Verhandlungen vollkommen übereinkommen.

§. 185.

Vom Urtheile nach dem Schlusse des ersten Verfahrens.

Wenn der Richter, während der bisherigen Verhandlungen, die gehörige Prüfung jeder einzelnen Arbeit (Satzes) nicht vernachlässigt und jedesmal die angegebenen zweckgemäſsen Verfü-

1) J. R. A. §. 78. 81.

gungen erlassen hat 1), so kann es nicht fehlen, dass nun, bey dem Schlusse dieser Verhandlungen, wo nicht gleich der Rechtsstreit endlich entschieden, doch wenigstens mit der gröſsten Genauigkeit müsse bestimmt werden können, was unter den Parthieen noch als streitig zu betrachten, mithin von der einen oder der andern weiter zu beweisen sey. Ist die Sache, entweder weil die Parthieen gar nicht über die Wahrheit oder Unwahrheit von Thatumständen stritten, oder weil sie, ohne eine Beweisregulirung abzuwarten, schon unaufgefordert Beweise geführt haben (§. 166. 3.), zu einer endlichen Entscheidung reif, so wird nun sogleich entweder lossprechend, oder verdammend gesprochen. Jedoch ist hierbey zu bemerken, 1. daſs, wenn verzögerliche Einreden des Beklagten in dem Falle, wo in der Hauptsache ein urtheilendes Erkenntniſs erfolgen muſste, gegründet erscheinen (denn ungegründete, oder durch das Urtheil unnöthig gemachte, werden am besten stillschweigend verworfen), das Urtheil in der Sache eben so und mit derselben Wirkung bedingt der Entscheidung über die Einrede angehängt werden müsse, wie die Einlassung der Vorschützung dieser Einrede in der Antwort des Beklagten bedingt beygefügt ist. 2. Daſs darum, weil eine Parthie schon in diesen ersten Verhandlungen (deren eigentlicher Zweck Bestimmung des Streitsatzes ist) unaufgefordert, aber vergebens, einst-

1) Wo dieses nicht geschehen ist, da müssen freylich, anstatt eines Urtheils in der Sache, izt erst dergleichen Verfügungen erlassen werden.

weilige Beweise versucht habe, das Recht derselben zu einer förmlichen Beweisführung nicht verloren sey, mithin in diesem Falle entweder nicht endlich, oder doch nur mit Nachlassung eines besseren Beweises, endlich gesprochen werden könne (§. 141 *b.* §. 166. n. 5.).

§. 186.

Fortsetzung. Beweisinterlocut.

Wenn der Rechtsstreit noch nicht zu einer endlichen Entscheidung reif ist, so muſs nun, durch ein richterliches Erkenntniſs, nebst der Verfügung über die verzögerlichen Einreden, vor allen Dingen der zur Aufklärung der Sache nöthige Beweis festgesetzt werden.

Da von diesen Beweisinterlocuten die Zweckmäſsigkeit des ganzen übrigen Verfahrens und zugleich die endliche Sentenz mit Nothwendigkeit abhängt, so kann in Ansehung ihrer dem Richter kaum genug Sorgfalt empfohlen werden, nicht nur damit nicht denjenigen etwas zu beweisen auferlegt werde, welchen, den Gesetzen nach, keine Verbindlichkeit dazu obliegt (§. 80.), sondern auch, damit dasjenige, was in der Sache bewiesen werden soll (Beweisthema), mit der höchsten Bestimmtheit, und weder zu viel noch zu wenig, als Gegenstand des Beweises festgesetzt werde. Was die genaue Bestimmung des Beweises betrifft, so ist zwar ausser Zweifel, daſs sie durch dergleichen allgemeine Ausdrücke, wie: Kläger solle den Grund seiner Klage, Beklagter den Grund

seiner Einreden erweisen etc., nicht erreicht werden könne, aber auch die von vielen als die vorzüglichere angegebene 1) Methode: den Beweissatz so zu bestimmen, daſs man ihn allein auf die Verbindlichkeit, auf die einseitige Handlung oder den Vertrag, worauf sich das behauptete Recht gründet, oder auf das behauptete dingliche Recht im Allgemeinen richten solle, so daſs man dem Beweisführer die Wahl lieſse, die Gründe, Begebenheiten und Facta, woraus diese Behauptungen folgten, näher anzuzeigen, scheint nicht nur dieselben Gründe, aus welchen die erstere Methode verwerflich ist, sondern, weil durch sie häufig der Beweissatz noch unbestimmter gelassen wird, als durch die erstere, noch mehrere gegen sich zu haben (§. 166. n. 4.). Am besten und der Natur der Sache am gemäſsesten ist es daher, wenn man das Beweisthema auf diejenigen nach (§. 80.) eines Beweises bedürftigen Behauptungen, durch welche die Parthie ihre Ansprüche, unter der Voraussetzung ihrer Wahrheit, zu begründen gesucht hat, aber nur in so ferne sie diese auch wirklich begründen 2), bestimmt richtet,

1) *Tevenar* Theorie der Beweise im Civilprocesse S. 170. 173. Nach ihm *Danz* a. a. O. §. 233. und *Gönner* zu *Danz* a. a. O. n. XVIII.

2) Das Lächerliche der von *Tevenar* angeführten Beyspiele schwindet, wenn man bedenkt, daſs hiernach der Beweissatz 1. weder auf Behauptungen, aus welchen die angegebene Folge nicht nothwendig flieſst, noch 2. auf irrelevante Umstände eines zu beweisenden Thatumstandes gerichtet werden kann.

Immer muſs das Beweisinterlocut einen, nach dem durch die Umstände zu bestimmenden Ermessen des Richters (wo keine gesetzlichen Vorschriften vorhanden sind), festzusetzenden Termin enthalten, binnen welchem die Beweisführung angefangen werden solle. Diese Beweisfrist wird, zwar nicht nach dem gemeinen, aber um so häufiger nach dem Particularrechte, als eine richterliche Nothfrist (§. 127. *a.*) d. h. als eine ihrer Natur nach peremtorische Frist betrachtet, wodurch aber das Recht des Richters, auch sie aus hinlänglichen Gründen, auf Ansuchen vor ihrem Ablaufe, zu erstrecken, eben so wenig abgeläugnet 1) als dadurch der allerdings gegründeten gemeinen Behauptung, daſs der Beweis durch Augenschein und die Zuziehung Sachverständiger zum Urtheile, wobey allein ein Verfahren des Richters von Amtswegen Statt findet, an den Beweistermin nicht gebunden seyen 2), widersprochen wird. Der Termin wird von dem Tage an berechnet, wo das Beweisinterlocut in Rechtskraft übergegangen ist, wenn anders nicht nach dem Inhalte des Erkenntnisses, worin es enthalten ist, von einem Anderen, als dem Beweisführer, vorher etwas bestimmtes geschehen soll, in welchem Falle auch dieses nothwendig vorher erst erfüllt und

1) J. R. A. §. 50. 54.

2) *Danz* a. a. O. §. 262. u. d. das. angeführten Schriftsteller. Jedoch möchte ich dieses nicht, wie *Danz* u. andere, auch von der Eideszuschiebung behaupten.

dadurch das Interlocut purificirt worden seyn muſs 1).

§. 187.

Fortsetzung.

Man bemerke übrigens

1. daſs, wenn der Richter aus der Lage der Sache gewiſs ist, daſs durch einen Augenschein oder eine Beurtheilung durch Kunstverständige das ganze Beweisthema erschöpft werden müsse, er keineswegs durch ein Beweisinterlocut, welches hier nur unnütze Weitläufigkeit verursachen würde, eine förmliche Beweisführung zu veranlassen habe, sondern daſs er hier vielmehr diese Beweismittel (die einzigen, in Ansehung welcher dieses behauptet werden kann) von Amtswegen gebrauchen, und sodann gleich endlich sprechen müsse.

2. Daſs, wenn schon die Beweisführung über das ganze Beweisthema angetreten, aber noch nicht über die bestrittene Zulässigkeit der gebrauchten Beweismittel erkannt worden ist, alsdann, wenn die Beweismittel unzulässig erscheinen sollten 2), mit dem Beweisinterlocute das Verwerfungsdecret in Ansehung derselben verbunden werden müsse.

1) *J. Ch. Koch* diss. de initio termini probatorii. Giss. 1755. Von den Wirkungen eines eingewendeten Rechtsmittels wird unten geredet.

2) Denn sind die Beweismittel zulässig, so kann nur das weitere anticipirte Beweisverfahren eingeleitet, keineswegs aber damit eine Beweissentenz verknüpft werden.

3. Daſs dem Gegentheile des Beweisführers das Recht, Gegenbeweis zu führen, in dem Urtheile vorbehalten werden müsse, wiewohl dieses auch, wenn es nicht ausdrücklich geschieht, als stillschweigend geschehen angenommen wird (§. 96.). Der Gegenbeweis ist übrigens, wenn der Richter nicht, was immer geschehen sollte, sogleich in dem Beweisinterlocute, oder doch nach geführtem Beweise, einen Termin für denselben ansetzt, bis zum Beschlusse der Sache zulässig, den Fall ausgenommen, wo gegen den durch Zeugen geführten Beweis, gleichfalls durch Zeugen, eigentlicher Gegenbeweis geführt werden soll, indem hier mit der Eröffnung des Zeugenrotulus, wogegen mithin der Gegenbeweisführer protestiren muſs, das Recht auf den Gegenbeweis erlöscht (1).

Alles dieses ist indessen nicht auf den sogenannten indirecten Gegenbeweis anzuwenden. Dieser ist

1. nicht an den gesetzlichen Gegenbeweistermin gebunden, sondern muſs, wenn er binnen diesem Termine nicht angetreten worden ist, nothwendig in dem Endurtheile nachgelassen werden (§. 141 *b.*), und wenn er auch

2. wirklich, während des Gegenbeweistermins, angetreten worden ist, so kann dieses doch nicht anders, denn als ein anticipirter Beweis der Einrede betrachtet werden, und es ist alsdann, wenn dieser Anticipationsversuch fruchtlos gewesen ist, in dem Endurtheile besserer Beweis nachzulassen 2).

1) Nov. 90. c. 4. §. 1. II. 20. X. c. 25.

2) §. 97. und der das. angeführte *Elsässer*.

Zweyter Abschnitt.

Von dem förmlichen Beweisverfahren bis zu Ende der ersten Instanz.

§. 188.

Einleitung.

Da die Geständnisse (Einräumungen) der Parthieen, der Bestimmung des bisher beschriebenen Verfahrens gemäfs, in diesem vorkommen müssen, bey dem förmlichen Beweisverfahren hingegen nur als Bestandtheile des Beweises durch andre benannte Beweismittel (durch Urkunden oder Eide) erscheinen, da ferner der Beweis durch Vermuthungen nur durch natürliche Folgerungen aus Thatumständen, welche mittelbar oder unmittelbar durch andere Beweismittel erwiesen werden, zu Stande gebracht wird, so ist klar, dafs die Beweismittel, von welchen bey den förmlichen Beweisführungen allein die Rede seyn kann, sich auf den Augenschein, die Besichtigung oder Begutachtung durch Kunstverständige, den Zeugen- und Urkundenbeweis und die Eideszuschiebungen beschränken.

Welches von diesen verschiedenen Beweismitteln es sey, dessen sich der Beweisführer zu seinem Zwecke bedienen will, so zeichnen sich immer bey der förmlichen Beweisführung, sie sey nun die Haupt- oder die Gegenbeweisführung, drey Abschnitte in dem Verfahren, als wesentlich von einander verschieden, aus. Bevor nämlich ein Beweismittel wirklich gebraucht

werden kann, ist es nöthig, daſs vor allen Dingen der Beweisführer erkläre, sich dieses Beweismittels bedienen zu wollen; und daſs er den Richter zur Einleitung des hierzu erforderlichen Verfahrens, auffordere. Dieses nennt man die Antretung des Beweises, oder auch, weil das zu gebrauchende Beweismittel hierdurch vor den Richter gebracht wird, die Production, wodurch sie die gewöhnlichen Bezeichnungen der Parthieen in dem Beweisverfahren durch die Namen Producent und Product (bey Gegenbeweisführungen: Reproducent und Reproduct) erklären. Sobald diese Production geschehen ist, muſs nicht nur der Richter von Amtswegen prüfen, ob die producirten Beweismittel, im Ganzen sowohl als im Einzelnen, der Natur der Sache und den Gesetzen nach, als Beweismittel zulässig seyen, sondern auch der Gegner kann, durch seine Erklärungen über die Beweisantretung, diese Prüfung und die aus ihr abzuleitenden Verfügungen über die Zulässigkeit des angetretenen Beweises veranlassen. Diesen ganzen präparatorischen Abschnitt des Beweisverfahrens nennt man das Productionsverfahren. Nach der Beendigung dieses Theils des Verfahrens werden die für gültig erklärten Beweismittel wirklich, ihrer Natur gemäſs, gebraucht. Der Inbegriff der hierzu erforderlichen Handlungen bildet denjenigen Theil des Beweisverfahrens, welcher unter dem Namen der Beweisausführung bekannt ist. Endlich wird über die Frage: in wie ferne durch die gebrauchten Beweismittel das Beweisthema er-

schöpft worden sey? oder über die Zulänglichkeit des geführten Beweises, in der Regel nach vorhergegangenen Verhandlungen der Partheien (Disputirsätze), entschieden. Dieser Theil des Verfahrens führt den Namen des Hauptverfahrens.

ERSTER UNTERABSCHNITT.

Von dem Productionsverfahren.

§. 181.

Von der Beweisantretung.

Die Antretung des Beweises geschieht (§. 188.), indem der Beweisführer die Mittel anzeigt, durch welche er jeden einzelnen, zur Erschöpfung des Beweisthemas gehörenden Punkt darzuthun gedenkt, und den Richter um Ansetzung eines Termins zum wirklichen Gebrauche der angezeigten Mittel bittet. Diese Beweisschrift 1) gehört daher offenbar auch zu den Bittschriften. Die Anführung dessen, was man, dem Beweisinterlocute gemäfs, zu erweisen habe, und die Anzeige, wie man dieses zu erweisen gedenke, können als die historischen Prämissen der Bitte betrachtet werden, welche weiter keiner juristischen Begründung bedarf (§. 117.), es müfste denn

1) Die Rubrik dieser Schrift behält am besten die allgemeine Benennung: Beweisantretung bey.

der äufsere Schein gegen die Zulässigkeit der gewählten Beweismittel streiten und zu befürchten seyn, dafs sie von dem Richter auf der Stelle verworfen werden möchten. Die Einrichtung der Bitte selbst wird nach dem bey dem Gebrauche der gewählten Beweismittel nothwendigen gesetzlichen Verfahren bestimmt, welches selbst nach der Nutur dieser Beweismittel verschieden und stets so eingerichtet ist, dafs durch keinen Schritt den Rechten der andern Parthie Eintrag geschehe. So geht die Bitte, wenn ein Augenschein eingenommen werden soll, dahin: dafs ein Termin zur Einnehmung desselben angesetzt und der Product zur Beywohnung bey demselben eingeladen werde, so bey der gewählten Besichtigung oder Begutachtung durch Kunstverständige: dafs ein Termin zur Besichtigung oder Begutachtung, nach vorhergegangener Beeidigung der Kunstverständigen, angesetzt und der Product, zur Vorschlagung Kunstverständiger von seiner Seite 1), und Beywohnung bey der Besichtigung eingeladen werde 2), so bey dem Zeugenbeweise: dafs die Zeugen zur Vereidung und Abhörung, der Product aber zur Beywohnung bey diesem Acte, vorgeladen werde; so bey dem Urkundenbeweise: dafs ein Termin, zur Vorlegung der Originalurkunden 3), anberaumt

1) Wenn nicht die zu gebrauchenden Kunstverständigen gesetzlich bestimmt sind, in welchem Falle die Bitte bestimmt auf die Zuziehung derselben gerichtet wird.

2) Sollen die Kunstverständigen blofs ein Gutachten stellen, so fällt dieses natürlich hinweg.

3) Der Antretung werden nur Copien beygelegt.

und der Product (wenn nämlich Anerkennung nothwendig ist (§. 88.)) zur Anerkennung derselben peremtorisch vorgeladen werde, so endlich bey Eideszuschiebungen: daſs dem Gegner, sich binnen einem bestimmten Termine über die Eideszuschiebung zu erklären, aufgegeben werde.

§. 190.

Fortsetzung. Beweisartikel. Fragstücke.

In dem ordentlichen Processe ist es auch dem Beweisführer erlaubt, bey dem Beweise durch Zeugen aber nothwendig (§. 132.), statt der Anzeige, wie er das Beweisthema darzuthun gedenke, der eben beschriebenen Beweisschrift eine Darstellung der einzelnen Punkte, durch deren Erweis das Beweisthema erschöpft wird, in der Form von Artikeln, (deren jeder nach alter Sitte, mit Wahr oder Nichtwahr anfängt) beyzulegen. Bey jedem dieser Artikel muſs alsdann sogleich bemerkt werden, durch welches Beweismittel er dargethan werden solle, worauf bey dem Urkundenbeweise noch am Schlusse, zur Vermeidung aller Verwirrungen, ein Verzeichniſs der gebrauchten Urkunden, welche im Originale, oder der Abschrift beygelegt werden, hinzugefügt wird. Nur bey dem Zeugenbeweise hat die Abfassung der Beweisartikel Eigentümlichkeiten, indem sie hier strenge nach den Grundsätzen abgefaſst werden müssen, nach welchen die Verhöre einzurichten

sind 1), erst am Ende aller Artikel aber eine genaue Bezeichnung der einzelnen Zeugen (designatio testium) nebst der Bemerkung, über welche Artikel jeder derselben verhört werden solle (cum directorio), beygefügt wird.

Weil es das Interresse des Producten erfordert, dafs die Zeugen so verhört werden, dafs man auch über die nicht immer offenbaren Gründe der äusseren und inneren Glaubwürdigkeit oder Unglaubwürdigkeit ihrer Aussagen zu urtheilen im Stande sey, so mufs es ihm erlaubt seyn, zu den Artikeln einzelne Fragen (Fragstücke, interrogatoria) zu fertigen, welche theils allgemeine sind, d. h. solche, wodurch vor allen Dingen Namen, Stand, Alter, Lebensart der Zeugen und andere Umstände, aus welchen über ihre Glaubwürdigkeit geurtheilt werden kann, erforscht, und über welche eher, als über die Artikel, verhört

1) Es ergiebt sich hieraus leicht, dafs unerhebliche, zu der Sache nicht gehörende und vage Artikel eben so sorgfältig vermieden werden müssen, als die sogenannten Schlufsartikel (art. illativi), die verneinenden und diejenigen, welche einen Rechtssatz enthalten. Freilich sollte hieraus auch folgen, dafs nicht alle einzelnen Umstände, über welche man die Aussage der Zeugen verlangt, in die Fragen gebracht werden dürften (§ 132.); da aber eine solche Forderung zu erfüllen nicht möglich ist, so lange man es noch für nothwendig hält, alle Artikel mit Wahr und Nichtwahr anfangen zu lassen, so wird man sich begnügen müssen, von dem Verfasser solcher Artikel nur zu verlangen, dafs er nicht mehrere Umstände in einen und denselben Artikel zusammenhäufe.

werden soll, theils besondere, welche zu jedem Artikel in der Absicht verfertigt werden, um über die wahre Bedeutung, den Umfang und die Gründe der einzelnen Aussagen bestimmter urtheilen zu können. Nur in Ansehung der ersteren kann es manchmal nothwendig seyn, ein Directorium den Fragstücken anzuhängen 1). Nie darf der Richter, wenn er nicht die Hintansetzung aller processualischen Regeln zugeben will, dulden, daſs man durch die Fragstücke den Gegenbeweis zu führen versuche, weswegen die sogenannten gemeinen Fragstücke zur Sache (interrogatoria präliminaria) gänzlich verwerflich sind. Eben so wenig können in den Fragstücken bloſse Wiederholungen der Artikel und der eidlichen Betheurung geduldet werden.

Wegen dieses Rechts des Producten, Fragstücke zu den Artikeln zu übergeben, bekömmt die Bitte des Producenten bey dem Zeugenbeweise (§. 189.) nun noch im Eingange den Zusatz, daſs die übergebenen Artikel dem Producten zur allenfallsigen 2) Einreichung von Fragstücken mitgetheilt werden, sodann etc.

1) Die Artikel sowohl, als die Fragstücke bekommen in der Regel eine Ueberschrift, welche nach den Regeln von processualischen Rubriken eingerichtet wird.

2) Der hierzu anberaumte Termin wird daher nur als ein monitorischer betrachtet. Es ist hierbey wohl zu bemerken, daſs der Richter, es mögen Fragstücke eingereicht worden seyn, oder nicht, auch vermöge seiner negativen Thätigkeit verpflichtet sey, durch Fragen an die Zeugen (interrogatoria ex officio (darauf bedacht zu seyn, daſs es nie an einem bestimmten Urtheile

§. 191.

Veränderungen des angetretenen Beweises.

So lange der Beweistermin noch nicht verstrichen ist, steht es dem Beweisführer frey, Veränderungen in Ansehung des angetretenen Beweises, nach Belieben, zu machen. Er kann Zeugen fallen lassen, andere vorschlagen und neue Artikel (Additional-Superadditional-Artikel) übergeben, nur verlangen die Gesetze, daſs, wenn zum viertenmale über dieselben Artikel neue Zeugen vorgeschlagen werden sollten, er vorher eidlich den Verdacht der Gefährde von sich entferne 1). Die Antretung des Beweises hat daher an und für sich *gegen* den Producenten gar keine nachtheilige

über die Glaubwürdigkeit der Zeugen überhaupt und den Grad der Glaubwürdigkeit und Brauchbarkeit jeder einzelnen Aussage derselben fehlen könne. Indessen ist doch das Recht des Producten zur Einreichung der Fragstücke nicht unwichtig, weil nicht nur häufig die eben bezeichnete richterliche Amtspflicht vernachlässigt wird, sondern auch manches, was das Urtheil über die Glaubwürdigkeit des Zeugen bestimmt, dem Richter unbekannt seyn kann. Es ist daher auch keinem Zweifel unterworfen, daſs der Product, wenn ihm kein Termin zur Einreichung von Fragstücken anberaumt worden ist, und er nicht berücksichtigte Fragstücke zu überreichen vermag, oder wenn der Richter die eingereichten zulässigen Fragstücke nicht berücksichtigt hat, das Zeugenverhör, wegen versäumter Formalität, als nichtig anfechten könne. *Martin* §. 147. not. v. II. 20. X. c. 2.

1) N. 90. c. 4. II. 20. X. c. 15.

Folge. Der angetretene Beweis bleibt noch in jeder Hinsicht seiner Willkühr unterworfen. Dagegen beschränkt ihn der Ablauf des peremtorischen Beweistermins in so ferne, daſs er nun keine Facten, über welche er den Beweis nicht angetreten hat, mehr beweisen und keine an den Beweistermin gebundenen Beweismittel mehr gebrauchen kann 1). Selbst der Ablauf der Beweisfrist aber beschränkt den Producenten nicht in der Willkühr über die Beweismittel, mit welchen er den Beweis angetreten hat. Noch kann er diese fallen lassen, so lange sie noch nicht die reelle Production (§. 194.) zu gemeinschaftlichen gemacht hat.

§. 192.

Richterliche Prüfung der Beweisansetzung und Verfügung auf dieselbe

Die angetretene Beweisführung muſs der Richter sorgfältig prüfen. Zuerst muſs er die

1) Der Natur der Versäumung zu Folge (§. 130), kann indessen der Ablauf des Beweistermins nicht in Ansehung solcher Beweismittel präjudiciren, welche erst nachher aufgefunden werden, und es muſs, wenn ein Zufall den Beweisführer des in der Beweisantretung angeführten Beweismittels beraubt, (z. B. ein Zeuge stirbt) gleichfalls, mit Restitution gegen den abgelaufenen Beweistermin, verstattet werden, andere Beweismittel an die Stelle des verlornen zu setzen, ohne daſs hierbey der Richter über die Anzahl der zu gebrauchenden neuen Zeugen, oder über die zu gebrauchenden Beweisartikel etwas besonderes zu bestimmen hätte. Gönner zu Danz n. XXXVI., welcher überhaupt zu diesem §. zu vergleichen ist.

Frage: ob hier überhaupt noch eine Beweisantretung Statt finden könne? untersuchen, und den Beweis für desert erklären, wenn dieses als rechtlich nothwendig erscheinen sollte. Sodann muſs er die gewählten Beweismittel selbst und die einzelnen Punkte, durch deren Beweis der Producent sein Beweisthema darzuthun gedenkt, betrachten, die schlechthin unzulässigen Beweismittel sogleich verwerfen 1), bey verwerflichen Verbindungen mehrerer Beweismittel (ein Fall, welcher nur dann vorkommen kann, wenn der Beweisführer über denselben Punkt die Eideszuschiebung mit andern Beweismitteln nicht subsidiarisch verbinden will 2)) die Beweisantretung, zur Veränderung und Bestimmung der nothwendigen Wahl, zurückgeben, und vorzüglich bey dem Zeugenbeweise darauf sehen, daſs nicht durch Artikel, deren Fehler durch keine Fragstücke ver-

1) Vergl. vorzüglich §. 93.

2) Viele halten auch die subsidiarische, oder eventuelle Cumulation des Beweises durch Eideszuschiebung mit den andern Beweismitteln für unzulässig. Die Gründe, welche *Gönner* zu *Danz* a. a. O. n. XIX. für diese Meinung anführt, sind zwar nicht entscheidend, dagegen bestimmte mich bisher für sie der Grund, daſs auch andre Beweismittel nicht subsidiarisch gehäuft werden können, eine nähere Betrachtung der Sache hat mich indessen bestimmt, diese Meinung nunmehr ganz zu verlassen, weil, bey der Unmöglichkeit einer gleichzeitigen Häufung der Eideszuschiebung mit andern Beweismitteln, von diesen auf jene kein Schluſs gezogen werden kann und daher für die successive Häufung immer das spricht, daſs sie kein Gesetz verbietet.

bessert werden können, die ganze Beweisführung in eine zweckwidrige Handlung ausarte. Wenn der Richter gegen die Beweisantretung nichts zu erinnern findet, oder wenn dasjenige, was er zu erinnern fand, berichtigt worden ist, so muſs er nun, zur Fortsetzung der Beweisführung, die nothwendigen Verfügungen treffen. Diese bestehen darin: 1. daſs die Beweisantretung dem Producten mitgetheilt wird. Nur bey Eideszuschiebungen geschieht dieses mit der bestimmten Auflage einer Erklärung über dieselbe, bey dem Zeugenbeweise und dem Beweise durch Kunstverständige mit dem Beyfügen, dort: daſs der Product, wenn er wolle, binnen einer bestimmten Zeit, Fragstücke einreichen 1), hier: daſs er von seiner Seite gleichfalls Kunstverständige vorschlagen könne 2), in allen übrigen Fällen wird keine Auflage mit der Mittheilung verbunden. 2. Daſs (ausgenommen bey dem Beweise durch Eideszuschiebung) ein Termin zum wirklichen Gebrauche der Beweismittel (Productionstermin) angesetzt wird, zu welchem der Producent sowohl, als der Product, bey dem Urkundenbeweise (sobald der Product recognosciren soll) beyde arctatorisch, bey dem Zeugenbeweise der Producent arctatorisch der Pro-

1) Räthlich ist es, hierzu einen früheren Termin, als den zur Abhörung der Zeugen selbst anberaumten, zu bestimmen, weil alsdann die Fragstücke noch vorher dem Producenten mitgetheilt werden können, welcher doch offenbar sehr dabey interessirt ist, daſs keine unzulässigen zugelassen werden (§. 193.) *Sieber* §. 929.

2) Wenn nicht gesetzlich bestimmte Kunstverständige gewählt werden müssen.

duct hingegen monitorisch, bey dem Beweise durch Augenschein und Kunstverständige endlich beyde bloſs monitorisch vorgeladen werden 1) 3. Daſs die zu dem Gebrauche der gewählten Beweismittel nothwendigen Ladungen andrer Personen (der Zeugen und Kunstverständigen), gehörig erlassen werden.

§. 193.

Verfahren über die Zulässigkeit der Beweisantretung.

Ehe nun aber in dem angesetzten Productionstermine mit dem Gebrauche der Beweismittel fortgefahren und ehe die aufgegebene Erklärung über die geschehene Eideszuschiebung gegeben wird, steht es dem Producten frey, entweder vor, oder in dem angesetzten Termine selbst, seine Rechte, durch Einwendungen gegen die geschehene Beweisantretung, zu wahren, und eben so kann der Producent bey dem Zeugenbeweise, wenn der Product Fragstücke eingereicht hat, seine Einwendungen gegen diese vortragen. Diese Einwendungen, von der einen sowohl als von der andern Seite, können indessen immer nur auf diejenigen Punkte gerichtet seyn, um welcher willen der Richter auch von Amtswegen (§. 192.) den angetretenen Beweis ganz oder zum Theil hätte verwerfen dürfen, alle anderen Einwendungen, gesetzt auch, daſs sie die mögliche Kraft der Beweismittel schwächen könnten, müssen hier von dem Richter sogleich verworfen und für das künftige Hauptverfahren

1) *Gönner* a. a. O. n. XXI.

vorbehalten werden. Eben darum sollte man eigentlich alle, bloſs die Zulänglichkeit der Beweise und Beweismittel betreffenden Einreden nicht in das, einzig die Zulässigkeit betreffende Productionsverfahren einmischen und zu einer nothwendigen richterlichen Verwerfung präsentiren. Nur in Ansehung des Zeugenbeweises macht es eine Stelle des kanonischen Rechts 1) nothwendig, sich dergleichen Einreden gegen die Personen der Zeugen schon izt vorzubehalten, wenn man der Abschwörung des sonst, bey der nachherigen Vorschützung derselben, gesetzlich erforderten Eides für Gefährde ausweichen will.

Immer werden diese Einwendungen, wie die Einreden überhaupt, in Form einer kurzen Deduction vorgetragen, welche mit einer, der Ausführung gemäſsen Bitte: entweder den Beweis für desert zu erklären, oder bestimmte Beweismittel, oder Artikel (auch Fragstücke) zu verwerfen, geschlossen wird. Ueberhaupt sollte der Gebrauch der meisten aussersächsischen Gerichte, über diese Einwendungen ganz summarisch zu verfahren und daher nur ein mündliches Recessiren zu gestatten, welchem sogleich der Bescheid folgen muſs, allgemein als Regel betrachtet werden. Auf keinen Fall darf der Richter, wenn der Product schriftlich Einwendungen, welche nur in dem Hauptverfahren zulässig sind, vorbringt, einen weiteren Schriftenwechsel zulassen, und immer ist dieser Schriftenwechsel, wo er auch, wie bey man-

1) II. 20. X. c. 31.

chen Gerichten, bis zur zweyten Erklärung des Producten 1) Statt findet, so sehr, als möglich ist, zu beschleunigen. Mit dem Bescheide über diese Einwendungen, durch welchen (nach §. 192.) entweder der angetretene Beweis ganz oder zum Theile verworfen, oder die Einwendungen als gänzlich unstatthaft erklärt, oder die hier unstatthaften Einreden dem Hauptverfahren vorbehalten werden, endigt sich der erste Theil des Beweisverfahrens und es steht nun nichts im Wege, zu dem wirklichen Gebrauche der, für zulässig erklärten Beweismittel überzugehen.

ZWEYTER UNTERABSCHNITT.

Von der Ausführung der Beweise.

§. 194.

1. *Von der Ausführung der Beweise, bey welchen ein Productionstermin angesetzt wird.*

In dem angesetzten Productionstermine wird sogleich mit den Vorbereitungen zum wirklichen Gebrauche der gewählten Beweismittel der Anfang gemacht. Dieses geschieht bey dem Zeugenbeweise dadurch, daſs der Producent die

1) Oder des Producenten, wenn über die Einwendungen desselben gegen die eingereichten Fragstücke gestritten wird.

anwesenden Zeugen dem Richter darstellt und um ihre Beeidigung und Abhörung bittet, bey dem Urkundenbeweise dadurch, daſs er die Urkunden im Originale vorlegt und, den Producten zu der Anerkennung derselben anzuhalten, bittet, (welche beyde Handlungen die reelle Production genannt werden), bey dem Beweise durch Augenschein und Kunstverständige endlich dadurch, daſs der Richter erklärt, man wolle sich nun an den Ort, wo der Augenschein eingenommen werden soll, verfügen, oder zur Vereidung der Kunstverständigen schreiten. Gegen diese ersten Handlungen muſs der Product, wenn er noch zum Productionsverfahren gehörende Einwendungen vorzutragen hat, protestiren und seine Erklärung über die Unzulässigkeit der ganzen Beweisantretung, oder eines Theiles derselben vorbringen, worauf alsdann, auf die im vorigen §. angegebene Art, verfahren wird. In so ferne also kann der Productionstermin noch zum ersten Theile des Beweisverfahrens gerechnet werden.

Ist hingegen das Productionsverfahren schon vorher geendigt worden, oder wird es auf der Stelle durch richterlichen Bescheid geendigt, oder sind keine zu demselben gehörenden Einwendungen vorzutragen, so muſs der Product jene Handlungen geschehen lassen und sich mit der Erklärung: daſs er das, was er gegen die Beweisführung zu erinnern habe, dem Hauptverfahren vorbehalte, begnügen, worauf alsdann mit dem Gebrauche der Beweismittel fortgefahren wird.

In Ansehung des Zeugen- und Urkunden-Beweises ist indessen hier zu erinnern, daſs die angegebene erste Handlung der reellen Production die wichtige Folge äussere, daſs nun die aufgeführten Zeugen und vorgelegten Urkunden in so ferne als gemeinschaftlich betrachtet werden, daſs auch der Product dieselben zu seinem Gegenbeweise zu gebrauchen 1), und der Producent, weder durch Einwendungen gegen ihre Beweiskraft 2), noch dadurch, daſs er sie fallen lassen will, diesen ihm nachtheiligen Gebrauch des Producten zu hindern im Stande ist.

§. 195.

Fortsetzung.

Nach den ersten im vorigen §. angeführten vorbereitenden Handlungen muſs nun, nach Verschiedenheit der Beweismittel, mit den übrigen, zu ihrem Gebrauche nothwendigen Handlungen fortgefahren werden.

1. Bey dem Zeugenbeweise werden die Zeugen in Gegenwart der erschienenen Partheien, wenn diese nicht beyde den Eid nachlassen 3), vereidet, sodann, in Abwesenheit der

1) Daher ist es lächerlich, wenn der Producent erklärt, daſs er nur in passibus utilibus die Urkunde producirt haben wolle.

2) Es sey denn, daſs erst nachher diese Einwendungen factisch begründet würden. *Struben* R. B. Th. IV. n. CCV.

3) II. 20. X. c. 39.

Parthieen 1), zuerst über die generellen Fragstücke, dann über jeden einzelnen Artikel nebst den dazu gehörenden besondern Fragstücken, nach Anleitung des Directoriums, einer nach dem andern, verhört, die Aussagen derselben autologisch protocollirt, und zuletzt, nach geschehener Vorlesung des Protocolls 2) und aufgelegtem Stillschweigen bis zur Eröffnung des Rotulus, jeder entlassen.

2. Bey dem Urkundenbeweise wird, nach Vorlegung der Urkunden, sobald Anerkennung derselben nothwendig ist, die Erklärung des Producten hierüber verlangt, worauf entweder diese Anerkennung erfolgt, oder der Product eidlich die Urkunde abläugnet, oder der Producent, zur Verhütung der eidlichen Abläugnung, einen andern Beweis der Authenticität der Urkunde antritt, in Ansehung dessen alsdann, wie bey einer neuen Beweisantretung, verfahren wird (§. 89.)

3. Bey dem Beweise durch Augenschein begiebt sich der Richter, nebst den erschienenen Parthieen und den Kunstverständigen, deren Zuziehung etwa für nothwendig gehalten worden ist, an den Ort, wo die Besichtigung vorgenommen werden soll, der Befund, nebst den Angaben der etwa zugezogenen Kunstverständigen, wird alsdann zu Protocoll genau aufgezeichnet und endlich, sobald hierdurch

1) Neuere Procefsordnungen enthalten die entgegengesetzte, im Ganzen bessere Verfügung, welche sich bey öffentlichem Verfahren ohnehin von selbst versteht.

2) Veränderungen der Zeugenaussagen dürfen nicht durch Ausstreichen der alten Aussage bemerkt werden.

eine deutliche Versinnlichung des Befundes gewährt werden kann, die Verfertigung eines Risses, welcher zu den Acten kömmt, verfügt.

4. Bey dem Beweise endlich, welcher bloſs durch Kunstverständige geführt werden soll, werden die gesetzlich bestimmten, oder von beyden Seiten und etwa auch von dem Gerichte vorgeschlagenen Kunstverständigen, (wenn sie nicht schon hierzu vereidet sind) beeidigt 1), worauf alsdann von denselben die Sache, über welche sie ihr Gutachten geben sollen, geprüft und dieses Gutachten selbst mit den Gründen zu Protocoll, oder schriftlich zu den Acten gegeben wird.

Die Verfertigung des Beweisrotulus in den Fällen, wo sie nützlich (wie bey dem Urkundenbeweise), oder nothwendig ist (wie bey dem Zeugen- und vermischten Beweise), (§. 133.) macht die letzte gerichtliche Handlung bey der Beweisausführung aus. Die Einrichtung eines solchen Rotulus ist diese: zuerst wird protocollarisch der reellen Production und der vorbereitenden Handlungen zum Gebrauche der Beweismittel Erwähnung gethan, alsdann werden auf der einen Seite zuerst alle allgemeinen Fragstücke und auf der andern die Antworten aller Zeugen bey jedem einzelnen, hierauf eben so die Artikel, nebst den besonderen Fragstücken, und gegenüber die Antworten aller Zeugen 2) aufgezeichnet und zugleich bey jedem

1) Die Schätzer werden in Schürtzen getheilt.

2) Auch diejenigen, welche nach dem Directorium nicht über einen bestimmten Artikel verhört wurden, werden dennoch aufgeführt und jenes durch die Beysetzung eines; cessat oder dergl. angedeutet.

einzelnen Artikel die übrigen gebrauchten Beweismittel, welche zum Beweise desselben dienen, oder dienen sollen, bestimmt angegeben, zuletzt wird, nach der Bemerkung: daſs den Zeugen ihre Aussagen vorgelesen worden seyen u. s. w. und daſs man aus den einzelnen Protocollen diesen Rotul verfertigt habe, mit der Unterschrift des Gerichtes geschlossen 1).

§. 196.

Verfahren, wenn beyde Parthieen, oder eine derselben in dem Productionstermine nicht erscheinen.

Der Productionstermin ist nicht, wie hier und da der Beweistermin, ipso jure peremtorisch. Es kömmt daher, um die Folgen der Contumaz richtig zu bestimmen, alles darauf an, ob 1. der Nichterscheinende arctatorisch und 2. ob er, durch die besonders ausgedruckte Verfügung des Richters, peremtorisch geladen war. Es folgt hieraus, *a*) daſs bey dem Beweise durch Augenschein und Kunstverständige, wo die Ladungen an beyde Parthieen nur monitorisch sind, weder das Ausbleiben beyder, noch einer derselben, eine Wirkung habe, sondern daſs hier vielmehr dieses Ausbleiben als Beweis des Zutrauens der Nichterscheinenden auf die Legalität der gerichtlichen Handlungen betrachtet und demnach mit der Vornehmung der, im vorigen §. angegebenen Handlungen fortgefahren werden müsse. *b*) Daſs bey dem Zeu-

1) J. R. A. §. 52. — Daſs der Rotulus besiegelt werde, kann man nicht als nothwendig betrachten.

genbeweise das Ausbleiben des monitorisch geladenen Producten ebenfalls die Fortsetzung der Beweisführung nicht zu hindern im Stande sey, das Ausbleiben des arctatorisch geladenen Producenten hingegen bey peremtorischen Ladungen den Verlust der Zeugen zur Folge habe, durch das Ausbleiben beyder Parthieen aber der Termin circumducirt werde. *c*) Daſs endlich bey dem Urkundenbeweise durch das Nichterscheinen beyder Parthieen der Termin gleichfalls circumducirt werde, bey dem Ausbleiben der einen oder der andern Parthie aber nur, wenn nach vergeblichen dilatorischen Terminen ein peremtorischer angesetzt worden war, der nicht erschienene Producent seines Beweises für verlustig erklärt, von dem zur Anerkennung der Urkunden geladenen und nicht erschienenen Producten hingegen angenommen werden müsse, daſs er die Urkunden anerkannt habe.

Uebrigens versteht es sich von selbst, daſs das Nichterscheinen des, wenn gleich nur monitorisch geladenen Producten, als eine Erklärung desselben, daſs er keine zum Productionsverfahren gehörende Einreden (§. 195.), vorzubringen habe, betrachtet werden müsse.

§. 197.

Verfahren, wenn die Zeugen in dem Productionstermine nicht erscheinen.

Nicht bloſs das Nichterscheinen der Parthieen aber, sondern auch andere Hindernisse können der Fortsetzung des angetretenen Beweises entgegenstehen. Dahin gehört bey dem

Zeugenbeweise, wenn die geladenen Zeugen in dem Productionstermine nicht erscheinen. Hier kömmt es darauf an, ob sie der Gerichtsbarkeit des Richters, welchem bewiesen werden soll, unterworfen sind, oder nicht Im dem ersteren Falle klagt der Producent den Ungehorsam nicht erschienenen Zeugen an und bittet um Ansetzung eines neuen Termins und Erlassung einer geschärfteren Ladung, welchem Gesuche ohne Anstand willfahrt und sodann weiter mit Zwangsmitteln 1) fortgefahren werden muſs, wenn die Zeugen nicht durch hinreichende Gründe ihren bisherigen Ungehorsam zu entschuldigen vermögen. In dem letzteren Falle hingegen kömmt es darauf an, ob die Schuld des Ausbleibens der Zeugen in ihrem Ungehorsam, oder in der Weigerung des fremden requirirten Richters, die Zeugen zu stellen 2), liege. Ist jenes, so muſs nun der fremde Richter um Erlassung geschärfterer Befehle und Anwendung zweckdienlicher Zwangsmittel ersucht werden, ist dagegen dieses, so bleibt kein andres Mittel übrig, als dem fremdem Richter eine Abschrift der Artikel und Fragstücke zu überschicken und ihn zu ersuchen, daſs er, nach vorheriger Beeidigung, die Zeugen über dieselben selbst abhören und die Verhörprotocolle einschicken möge.

(1) Strafbefehle, Geldstrafen, Gefängniſs.

(2) In dem Civilverfahren ist indessen die Bitte um Stellung der einem fremden Gerichtszwange unterworfenen Zeugen eine minder gewöhnliche Verfahrensart. Gewöhnlicher ist es, daſs man hier gleich Anfangs den fremden Richter um die rechtliche Vernehmung der Zeugen ersucht.

§. 198.

Verfahren, wenn die Urkunden, weil sie in den Händen eines Dritten, oder verloren sind, nicht vorgelegt werden können.

Eben so können bey dem Urkundenbeweise mehrere Hindernisse sich der Ausführung des Beweises entgegen setzen. Zu diesen gehört vorzüglich, wenn die Urkunden, welche man gebrauchen will, in dem Besitze eines Andern sind, sey dieses nun in dem eines Dritten, oder in dem des Gegentheils selbst. Ist die Urkunde welche sich in den Händen eines Andern befindet, fremdes Eigenthum, so kann die Edition derselben nicht erzwungen werden, und es hängt von dem guten Willen des Eigenthümers ab, ob er die Herausgabe derselben, zum Behufe des zu führenden Beweises, gestatten will. Dagegen ist jeder Bezitzer zur Herausgabe der, dem Beweisführer eigentümlich oder gemeinschaftlich zustehenden Urkunden, der Natur der Sache nach, verbunden 1), und der Beweisführer kann sich in Ansehung solcher Urkunden dadurch helfen,

1) Um den Beweis des Eigenthumsrechtes an einer Urkunde herzustellen, genügt es übrigens, wenn nur dargethan wird, dafs die in den Händen eines andern befindliche Urkunde in der Absicht verfertigt worden sey, um als Beweismittel des unter den Interessenten zu Stande gekommenen Geschäfts zu dienen, und dafs der Beweisführer einer dieser Interessenten sey. — Man wird sich wundern, dafs in dem §. weder auf die Bestimmungen des fr. 1. 4. sqq. II. D. 13., noch der const. 22. Cod. IV. 21. Rücksicht genommen worden ist, allein die angeführte Const. hat, als eine von *Cujas* (Observat. L. X. Obs. 8.) zuerst restituirte, nur historischen, nicht gesetzlichen Werth, und wie wenig von der durch die ersteren Gesetze bestimmten Verbindlichkeit zur Edition der Klage mit den dazu gebrauchten Beweisen, und von den Obliegenheiten der Argentarien allgemein geschlossen werden könne, mufs eine genau-

daſs er dem Richter ein Editionsgesuch übergiebt, welches am besten, zur Beschleunigung der Beweisführung, gleich mit der Beweisantretung verbunden wird. Immer muſs der Beweisführer hierbey beweisen, dsſs derjenige, von welchem er die Edition der Urkunden verlangt, diese wirklich besitze, wenn er aber dieses nicht auf andere Art zu beweisen sucht, so wird angenommen, daſs er darüber den Eid zugeschoben habe 1). Gegen den ungehorsamen Dritten muſs mit hinlänglichen Zwangsmitteln verfahren werden, wenn hingegen der zur Edition verbundene Product selbst die Urkunde nicht herausgiebt, so wird, nach abgelaufenem peremtorischen Termine und erfolgter Contumacialanklage, die zu edirende Urkunde für

ere Betrachtung der Gründe dieser Verbindlichkeiten für jeden zur völlsten Ueberzeugung bringen. Man sehe die gründliche Abhandlung; welche Herr von Almendingen in meinem Magazine für die Philosophie und Geschichte des Rechts und der Gesetzgebung (I VII. u. II. III). über diese Lehre geliefert hat. – Auch das im römischen Rechte begründete Privilegium des Fisci und Urkundenedition möchte theoretisch in Ansehung seiner heutigen Anwendbarkeit sehr gegründeten Zweifeln unterliegen.

1) Wo man indessen mit IV. 21. Cod. c. 22. eine Verbindlichkeit zur Edition aller Urkunden, welche ohne eignen Nachtheil edirt werden können, nach Analogie der Verbindlichkeit zum Zeugniſsablegen, annimmt, da giebt es auch, nach der angeführten Gesetzesstelle, einen Editionseid, wodurch man schwört, daſs man die Urkunde, ohne eigenen Nachtheil, nicht ediren könne.

edirt und anerkannt erklärt. Ueberhaupt darf der Richter über das Editionsgesuch, als einen Incidentpunkt, nie ein weitläufiges Verfahren gestatten, wodurch aber demjenigen, von welchem die Edition verlangt wird, keineswegs das Recht, sich durch die Gewissensvertretung durch Beweis von dem Editionseide zu befreyen, abgesprochen werden soll 1).

Ein anderer möglicher Fall, durch welchen die Fortsetzung des Urkundenbeweises gehemmt wird, ist alsdann vorhanden, wenn die Urkunden dem Beweisführer abhanden gekommen sind. Da in diesem Falle, wenn der Product selbst absichtlich den Beweisführer um seine Urkunden gebracht hätte, diese böfsliche Vernichtung der Beweise der Selbsthülfe gleichgeachtet werden mufs, so kann man analogisch behaupten, dafs der Product, sobald jenes Factum der böfslichen Vernichtung erwiesen ist, sich der Verbindlichkeit, die Ansprüche des Producenten zu realisiren, nur dadurch entziehen könne, dafs er den Beweis der Unerheblichkeit der vernichteten Urkunden übernimmt 2). Gegen einen Dritten, durch dessen Handlung der Beweisführer seines Beweises beraubt wurde, steht diesem zwar ohne Zweifel eine Entschädigungsklage zu, ausserdem aber kann ihm in der Sache selbst, bey welcher er die verlornen Urkunden gebrauchen wollte, nicht geholfen,

1) *Malblanc* doctr. de jurej. §. 47. Es widerspricht *Danz* a. a. O. §. 319.

2) Ein klares Gesetz bestätigt diese Analogie. Cod. IV. 19. c. 20.

und keineswegs dürfen, wegen dieses Zufalls, wenn dem Producenten andere Beweise mangeln 1), die Rechte des unschuldigen Producten gekränkt werden.

§. 199.

II. *Von der Ausführung des Beweises durch Eideszuschiebung.*

Die Einreichung der aufgegebenen Erklärung desjenigen, welchem der Eid zugeschoben wird, auf die geschehene Beweisantretung, ob er den zugeschobenen Eid annehmen, oder (wo dieses Statt findet) zurückschieben, oder sein Gewissen mit Beweis vertreten wolle, ist bey diesem Beweismittel die erste präparatorische Handlung zur Ausführung des Beweises. Hat daher derjenige, welchem der Eid zugeschoben worden ist, zum Productionsverfahren gehörende Einwendungen gegen die Statthaftigkeit der Eideszuschiebung, so muſs er diese vor der verlangten Erklärung vortragen, oder doch diese Erklärung nur eventuell mit dem Vortrage jener Einwendungen verbinden, welches letztere indessen eben nicht sehr anzurathen ist.

1) Cod. IV. 21. const. 1. 5. 7.

Anm. Bey dem Beweise durch Kunstverständige kann zwar wohl durch die Weigerung der gewählten Kunstverständigen ein Hinderniſs der Beweisführung entstehen, indessen wenn die Kunstverständigen nicht von Amtswegen verpflichtet sind, so hebt man, statt zu Zwangsmitteln zu schreiten, dieses Hinderniſs am leichtesten dadurch auf, daſs man andere Kunstverständige wählen läſst.

Sobald die Erklärung desjenigen, welchem der Eid zugeschoben ist, einkömmt, wird, nach der Verschiedenheit der getroffenen Wahl, mit den übrigen zur Beweisausfahrung nothwendigen Handlungen fortgefahren.

1. Wenn der Eid angenommen worden ist, so wird ein Termin zur Abschwörung desselben angesetzt, auf welchen beyde Theile, jedoch der Beweisführer, wenn er nicht (was der Gegentheil verlangen kann) zuerst den Eid für Gefährde schwören soll, nur monitorisch, vorgeladen werden. In diesem Termine wird sodann auf die gesetzliche Art der Eid selbst, (nach vorhergegangener Belehrung, wo dieses nothwendig ist,) abgeleistet, und über den ganzen Act ein Protocoll geführt.

2. Wenn der Eid zurückgeschoben worden ist, so ist diese Zurückschiebung gewissermaſsen als eine neue Beweisantretung durch Eideszuschiebung zu betrachten, denn obgleich der Richter, wenn er nicht die Zurückschiebung als unstatthaft verwerfen muſs, nun sogleich einen Schwörungstermin ansetzt, weil derjenige, welchem der Eid zurückgeschoben wird, keine weitere Wahl hat, so steht es doch diesem frey, selbst noch im Anfange des Schwörungstermins, zum Productionsverfahren gehörende Einwendungen gegen die Statthaftigkeit der Zurückschiebung vorzubringen, nach deren Verwerfung (wenn sie ungegründet seyn sollten,) alsdann erst zur weiteren Beweisausführung durch Ableistung des zurückgeschobenen Eides geschritten werden kann.

3. Ist endlich die Gewissensvertretung durch Beweis gewählt worden, so findet eine ganz neue Beweisführung statt. Es muſs daher, wenn die Antretung nicht zugleich geschehen ist, nun ein Beweistermin angesetzt und so durchaus, nach den angegebenen Grundsätzen von der Beweisführung, verfahren werden

§. 200.

Verfahren, wenn die Parthieen bey dieser Beweisführung ungehorsam sind.

Wenn derjenige, welchem der Eid zugeschoben worden ist, sich nicht, binnen dem angesetzten Termine, über die geschehene Eideszuschiebung erklärt, so wird, nach geschehener Contumacialanklage, wenn der Termin unter der Verwarnung, daſs widrigenfalls der Eid für verweigert angenommen werden solle, anberaumt worden war, nunmehr das angesetzte Präjudiz wirklich verhängt.

Wenn in dem angesetzten Schwörungstermine beyde Theile nicht erscheinen, so wird der Termin circumducirt. Bleibt hingegen nur einer derselben aus, so kömmt es darauf an, ob dieses derjenige ist, welcher zur Ableistung des zugeschobenen oder zurückgeschobenen Eides vorgeladen war, oder der Gegentheil Ist jenes, so wird, wenn die Ladung eine peremtorische war, nach geschehener Ungehorsamsbeschuldigung, der Eid für verweigert, mithin bey dem zugeschobenen Eide das, was durch denselben erwiesen werden sollte, für erwiesen, bey dem zurückgeschobenen für nicht erwie-

sen erklärt. Ist d i e s e s, so wird, bey einer monitorischen Ladung, mit dem Schwörungsacte fortgefahren, wenn dagegen der Deferent arctatorisch und peremtorisch zur Ableistung des Eides für Gefährde, geladen worden war, so wird nun der Haupteid für erlassen, oder, was dasselbe ist, für abgeleistet erklärt 1).

DRITTER UNTERABSCHNITT.

Von dem Hauptverfahren.

§. 201.

E i n l e i t u n g.

Nach vollendeter Beweisausführung kann nichts mehr der richterlichen Entscheidung in der Sache im Wege stehen. Diese aber hängt von der Untersuchung der Frage ab: ob und in wie ferne durch den geführten Beweis das Beweisthema erschöpft worden sey 2)?

Denkt man sich nur als Gegenstand der Beurtheilung einen nur einigermaſsen weitläu-

1) Ueberh. vergl. XII. 2. D. fr. 37. 38.

2) Dieses ist eigentlich hier die einzige Frage. Selbst die gemeine Behauptung, daſs offenbar unerhebliche Beweisauflagen nicht berücksichtigt zu werden brauchten, (*M a r t i n* §. 131. ibique citt.) läſst sich mit keinem scheinbaren Grunde erweisen. *M e v i u s* II. 301. Anders freylich, wo die Appellation von dem Endurtheile auch alle früheren Jnterlocute suspendirt.

figen oder zusammengesetzten Beweis, so wird es gewiſs ein nützliches Unternehmen der Parthieen seyn, wenn sie vor dem Urtheile noch Deductionen über ihre behaupteten Rechte aus den Beweisführungen liefern und darin die Zulänglichkeit der Beweisführungen für ihre Zwecke prüfen. Denkt man sich aber als Gegenstand einen Beweis, bey welchem aus factischen, in den Acten noch nicht vorliegenden Gründen die Zulänglichkeit des geführten Beweises angegriffen werden kann (wie vorzüglich bey dem Zeugenbeweise), so erscheinen solche Verhandlungen der Parthieen über den geführten Beweis, weil keine rechtlichen Vertheidigungsgründe abgeschnitten werden dürfen (§. 79.) und doch erst hier die Einreden gegen die Zulänglichkeit der Beweismittel an ihrer Stelle sind (§. 193.), so nothwendig 1), daſs der Richter, welcher, mit Ausschliessung dieser Verhandlungen, zu dem Urtheile eilen wollte, sein Verfahren der Nichtigkeit aussetzen würde.

Der Inbegriff alles dessen, was, von der vollendeten Beweisausführung an, bis zur endlichen Entscheidung der Sache geschieht, bildet das sogenannte Hauptverfahren. Es folgt indessen aus dem angeführten Grunde, aus welchem die Gesetze Verhandlungen der Parthieen in dem Hauptverfahren gestatten, daſs nicht nur die Parthieen denselben entsagen können, sondern daſs auch der Richter befugt seyn müsse, bey einfachen Beweisen, deren Kraft nicht durch factische Einwendungen ge-

1) D. A. 1600. §. 135. J. R. A. §. 56. 57.

schwächt werden kann, (wie bey dem Beweise durch Augenschein und Eidesableistung,) sogleich nach vollendeter Beweisausführung die Acten für geschlossen zu erklären, und, ohne auf Verhandlungen der Parthieen zu warten, zur Entscheidung der Sache überzugehen.

§. 202.

Vorbereitende Handlungen zum Hauptverfahren.

Wenn Verhandlungen über den geführten Beweis den Parthieen verstattet werden, so muſs der Richter hierzu nothwendig einen Termin ansetzen. Hierdurch wird nun die Beweisausführung für geendigt erklärt und der Uebergang zu dem Hauptverfahren gemacht. Nur in dem Falle, wenn die über die Beweisausführung gefertigten Protocollen den Parthieen noch unbekannt sind (wie bey dem Zeugenbeweise, es sey nun ein Rotulus verfertigt worden oder nicht,) geschieht jene Erklärung durch eine besondere Handlung, nämlich: durch die Eröffnung der Protocolle oder des Rotuls. Hierzu wird ein besonderer Termin angesetzt 1), auf welchen der Producent sowohl,

1) Die Zustellung des Rotuli in vim publicati ist darum, wenn nicht vorher die Parthieen wenigstens monitorisch geladen worden waren, dasjenige, was sie etwa noch vorher vorzutragen hätten, vorzubringen, eine gefährliche Handlung und gewiſs kann der Richter durch eine solche unvermuthete Eröffnung den Parthieen das Recht zu Handlungen, welche eigentlich dieser Eröffnung vorausgehen müssen (z. B. §. 187. n. 3.) nicht entziehen. *Sieber* §. 958.

als auch der Product monitorisch vorgeladen werden, die Eröffnung selbst aber dadurch geschieht, dafs der Richter den Parthieen Einsicht und Abschrift der noch unbekannten Protocolle, oder des aus denselben verfertigten Rotuls, welcher nun offen zu den Acten gelegt wird, verstattet. Gegen diese vorbereitenden Handlungen mufs derjenige, welcher noch etwas, was vor dem Hauptverfahren vorgetragen werden mufs, vorzutragen hat, nothwendig protestiren, indem, wenn einmal der Uebergang zu dem Hauptverfahren geschehen ist, ohne erlangte Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, kein Rücktritt in das einmal geschlossene Verfahren gestattet werden kann.

§. 203.

Von den Disputirsätzen, oder der Impugnations- und Salvationsschrift.

Den Gesetzen 1) und der Natur der Sache nach ist, sobald Verhandlungen der Parthieen über den geführten Beweis gestattet werden, der Product derjenige, welcher zuerst auftritt 2). Sein Zweck ist natürlich, den geführten Beweis von allen möglichen Seiten her anzugreifen und dadurch entweder gänzlich zu entkräften, oder doch zu schwächen, aus welchem Grunde auch seine Handlung den Namen der Impugna-

1) J. R. A. §. 56. 57.

2) Denn seine möglichen factischen Einwendungen gegen die Beweismittel des Gegentheils sind der Hauptgrund der gesetzlichen Nothwendigkeit dieser Verhandlungen.

tionsschrift führt. Dieser Schrift kann der Producent eine andere entgegensetzen, worin er seinen geführten Beweis gegen die Angriffe des Producten zu vertheidigen und die Kraft desselben in dem hellsten Lichte darzustellen sucht. Diese Schrift wird mit dem Namen der Salvationsschrift bezeichnet. Beyde Schriften werden, als ausführliche Deductionen, aus den nun zum Endurtheile instruirten Acten gearbeitet. Den geschichtlichen Theil bildet eine kurze und lichtvolle Darstellung der Lage des Processes, welche den Leser zuletzt auf das Beweisthema führen und ihm die Art, wie der Producent dasselbe zu erweisen gesucht habe, bekannt machen muſs, ohne jedoch die Resultate der gebrauchten Beweismittel auseinander zu setzen, weil diese als Belege zum ausführenden Theile der Deduction vorkommen. Dieser ausführende Theil selbst stellt nun dasjenige auf, was der Deducent in Ansehung des geführten Beweises für seinen Zweck zu erinnern hat. Bey der Impugnationsschrift sind dieses durchaus Angriffe gegen die Beweisführung. Um diese in der gehörigen Ordnung vorzutragen, unterwirft der Impugnant zuerst die Formalien der Beweisführung seiner Prüfung, wobey er die Einwendungen, welche er im Productionsverfahren nicht vortragen konnte, ausführt, alsdann prüft er die gebrauchten Beweismittel an und für sich, ohne auf die Resultate ihres wirklichen Gebrauchs zu achten und trägt, in der Form von Einreden, dasjenige vor, was zur Schwächung oder Aufhebung der Beweiskraft derselben gesagt werden kann,

zuletzt untersucht er das, was der wirkliche Gebrauch der Beweismittel ergeben hat, zeigt, durch eine Zergliederung des Beweisthemas, was zu erweisen gewesen wäre, und thut, durch Belege aus dem Materiale des geführten Beweises, dar, dafs dieses nicht genügend geschehen sey und demnach der Producent nun, entweder sogleich, oder doch höchstens, nach vorhergegangener Ableistung des Reinigungseides von Seiten des Producten, abzuweisen sey. Diese Ausführungen müssen nothwendig den Deducenten zu bestimmten Bitten führen, welche sogleich jeder besondern Ausführung nachgesetzt werden müssen, wenn nicht der gleiche Zweck mehrerer die Verbindung erlaubt, wie dieses selbst in Ansehung der Einwendungen zur Schwächung der Kraft der Beweismittel im Allgemeinen und der Ausführung zur Schwächung oder Aufhebung des geführten Beweises immer geschehen kann. Der Inhalt des ausführenden Theils der Salvationsschrift ergiebt sich aus dem der Impugnationsschrift von selbst, denn ihr Zweck ist, in Ansehung eines jeden Punktes, von welchem aus Angriffe gegen die Beweisführung möglich sind, zu zeigen, dafs dieselbe über alle Angriffe erhaben, und mithin nun entweder sogleich, oder doch höchstens nach Ableistung des Erfüllungseides, der vorherigen Bitte des Beweisführers gemäfs zu erkennen sey.

Wenn der Product zugleich Gegenbeweis geführt hat, so verbindet er mit der Impugnationsschrift die Salvationsschrift in Ansehung seines Gegenbeweises, und eben so nachher

der Producent mit seiner Salvationsschrift die wider den Gegenbeweis gerichtete Impugnationsschrift. Bey dem directen Gegenbeweise ist gegen diese Verfahrensart nichts zu erinnern, bey dem indirecten Gegenbeweise aber ist eigentlich kein genügender Grund vorhanden, warum man von der in der Natur der Sache und in den Gesetzen gegründeten Regel, daſs die Impugnationsschrift die Disputir-Sätze eröffne, darum abweichen sollte, weil es dem Gegner des Beweisführers gefallen hat, seine Einreden anticipando zu beweisen.

§. 204.

Vom Beschlusse der Verhandlungen.

Die Salvationsschrift soll, nach den gemeinen Gesetzen (1), die letzte Verhandlung der Parthieen seyn. Wenn daher die Parthieen auch nicht freywillig zum richterlichen Spruche hintersetzt haben, so ist nunmehr der Zeitpunkt, wo der Richter alle Verhandlungen für geendigt und die Acten für geschlossen erklären muſs, welches in Fällen, wo keine Disputirsätze gestattet werden, sogleich nach der Beweisführung geschieht. Mit dieser Erkennung des Actenbeschlusses wird zugleich ein Termin zur Inrotulation der Acten, oder zur Eröffnung der

* Von der Erleichterung dieser Arbeit durch Columnenextracte.

1) J. R. A. a. a. O. In manchen Gerichten gestattet man indessen dennoch 4 Handlungen.

Sentenz anberaumt 1). Hierzu werden beyde Theile ausdrücklich monitorisch vorgeladen, wodurch sie aber zugleich auch stillschweigend monitorisch geladen sind, dasjenige, was sie etwa noch rechtlich in Ansehung der Verhandlungen vorzubringen hätten (§. 184.) vor diesem Zeitpunkte vorzutragen und dadurch die Aufhebung des Actenbeschlusses zu bewirken.

§. 205.

Von dem Endurtheile.

Das Endurtheil selbst muſs nothwendig (in Rücksicht jedes einzelnen Punktes nämlich) entweder lossprechend, oder verdammend seyn, beydes kann es jedoch, wenn die Beweisführung als Resultat einen unvollständigen Beweis lieferte, nur unter der Suspensivbedingung seyn, daſs durch den Erfüllungseid der unvollständige Beweis ergänzt, oder durch den Reinigungseid aus dem Wege geräumt werden würde. Um über diese Fassung des Endurtheils sich bestimmen zu können, muſs der Richter den geführten Beweis einer sorgfältigen Prüfung unterwerfen, welche vorzüglich alsdann Schwierigkeiten

1) Bey manchen Gerichten wird kein Publicationstermin angesetzt, sondern die Sentenz in vim publicati insinuirt. Wenn aber die Parthieen nicht zum Spruche hintersetzt haben, so ist dieses nur dann eine gefahrlose Verfahrensart, wenn der Sentenz ein Decret über den Actenbeschluſs, so lange Zeit, als zu einer gewöhnlichen Frist bei diesem Gerichte erfordert wird, vorausgieng.

unterworfen ist, wenn, nach geführtem Beweise und Gegenbeweise, zwischen beyden eine Collision eintritt.

In solchen Fällen muſs genau unterschieden werden: ob der Gegenbeweis ein eigentlicher oder uneigentlicher sey. In jenem Falle heben sich Beweise und Gegenbeweise von gleicher Kraft auf und es kann mithin nur dann und nur in so ferne ein Beweis als vorhanden seyend betrachtet werden, wenn und in wieferne ein solcher, nach Abzug der Summe der Beweiskraft des Gegenbeweises, übrig bleibt. In diesem Falle hingegen entscheiden folgende Regeln:

I.) wenn der Gegenbeweis vollständig ist, so muſs

1.) bey gleichfalls vollem Beweise gegen den Beweisführer gesprochen werden, weil alsdann erwiesen ist, daſs der ehemals gegründete Anspruch izt ungegründet sey.

2.) Bey unvollständigem Beweise hingegen kann zwar der Gegenbeweisführer verlangen, daſs sein vollständiger Gegenbeweis sogleich berücksichtigt und alsbald gegen den Beweisführer gesprochen werde, er kann aber auch, wegen der eventuellen Natur der Einrede, öfters mit groſsem Nutzen, verlangen, daſs zuförderst der Beweis durch den Erfüllungseid ergänzt, oder durch den Reinigungseid entfernt und alsdann erst, *dort* wegen des Gegenbeweises, *hier* we-

gen des mangelnden Beweises, gegen den Beweisführer gesprochen werde 1).

II.) Wenn hingegen der Gegenbeweis ein unvollständiger ist, so kömmt es darauf an, ob der Beweis als vollständig zu betrachten sey, oder nicht. Ist jenes, so muſs auf Erfüllung oder Wegräumung des Gegenbeweises erkannt werden, ist endlich dieses, so braucht der Gegenbeweis, wenn der unvollständige Beweis durch den Reinigungseid entfernt werden kann, natürlicher Weise nicht berücksichtigt zu werden, auſserdem aber muſs zwar vor allen Dingen für die Ergänzung des Beweises gesorgt, diesem nachgängig aber auch der unvollständige Gegenbeweis entweder durch den Erfüllungseid des Gegenbeweisführers zum vollständigen gemacht, oder durch den Reinigungseid des Beweisführers entfernt und mithin hier für den Beweisführer, dort gegen denselben gesprochen werden.

§. 206.

Abschwörung der nothwendigen Eide.

Das, in dem dazu angesetzten Termine, gehörig eröffnete Urtheil (§. 134.) erhält erst

1) Es scheint dieses zwar paradox, allein dennoch ist es das einzig Wahre, welches ich selbst bey der ersten Auflage verkannt hatte, so wie ich glaube, daſs es *Gönner* Handbuch II. 42. §. 7. folg. und *Martin* §. 181 verkannt haben. Die Sache kann z. B. bey einer eventuell entgegengesetzten exceptio compensationis von sehr groſser Wichtigkeit seyn.

nach Verlauf des gesetzlich als Nothfrist bestimmten, und von Augenblick zu Augenblick zu berechnenden Termins von zehn Tagen 1), binnen welchem dasselbe angefochten werden kann, die Kraft, formales Recht unter den Parthieen zu bewirken (§. 99.). Dieses gilt auch von den Urtheilen, welche unter der Suspensivbedingung des abzuschwörenden Erfüllungs- oder Reinigungseides verurtheilen oder lossprechen. Indessen ist es klar, daſs diese vor der Hand nur ein formales, b e d i n g t e s Recht wirken. Es ist daher Sache derjenigen Parthie, deren Interesse es ist, daſs diese Bedingung entfernt werde, nun um die Ansetzung eines Schwörungstermins zu bitten. Zu diesem müssen beyde Theile von dem Richter vorgeladen werden, derjenige, welcher schwören soll, arctatorisch, der Gegentheil monitorisch. Nach erfolgter Abschwörung ist das bisher bedingte Urtheil als purificirt nun sogleich von unbedingter Rechtskraft. Die ausdrückliche, oder zur Strafe des Ungehorsams angenommene Verweigerung des Eides hingegen hat die Folge, daſs nun ein dem vorherigen bedingten Urtheile gerade entgegengesetztes unbedingtes gefällt werden muſs, welches sogleich Rechtskraft erhält.

1) Immer kann aber doch nach Verlauf dieser Nothfrist aus hinlänglichen Gründen Wiedereinsetzung in den vorigen Stand bey dem Richter gesucht werden, welchem, nach Verschiedenheit der anzuwendenden Rechtsmittel, die Untersuchung der Sache in der zweyten Instanz gebührt. Man sehe hierüber *G ö n n e r* a. a. O. n. LVIII.

DRITTER ABSCHNITT.

Von dem Verfahren in zweyter Instanz.

ERSTES KAPITEL.

Grundsätze über das Verfahren in zweyter Instanz aus der Natur der Rechtsmittel im Allgemeinen 1).

§. 207.

Erste Handlung derjenigen Parthie, welche ein Rechtsmittel gebrauchen will. Einführung. Rechtfertigung. Formalitäten hierbey.

Die Handlung, mit welcher eine zweyte Instanz, sey es durch das eine, oder das andere der im §. 101. bezeichneten Rechtsmittel, eröffnet wird, ist die Erklärung desjenigen, welcher sich durch eine Sentenz beschwert glaubt, daſs dieses der Fall sey und daſs er sich daher, zur Abwendung dieser Beschwerde, des bestimmten, gesetzlich zulässigen Rechtsmittels bedienen wolle.

1) Vergl. die treffliche Abhandlung *Gönners* III. LVII. nach welcher ich diese Lehre umgearbeitet habe. Ausserdem noch *Ulich* von Appellationen und Läuterungen, auch andern rechtlichen Mitteln, sich wider ein gravirendes Urtheil zu schützen. — *Mehlen* über die Appellation und andere Impugnativmittel gegen richterliche Erkenntnisse.

Bey allen blofs suspensiven und blofs devolutiven Rechtsmitteln bedarf es nur einer Erklärung dieser Art, welche dann Einwendung des Rechtsmittels (interpositio remedii) heifst, und dort bey dem nämlichen Richter, welcher auch in voriger Instanz urtheilte, hier bey dem höheren Richter geschieht.

Bey allen zugleich suspensiven und devolutiven Rechtsmitteln dagegen zerfällt diese Erklärung in eine gedoppelte. Die eine mufs bey dem gravirenden Richter 1) (judex a quo), die andere bey dem höheren Richter (judex ad quem) Statt finden, um beyde Wirkungen des Rechtsmittels mit Sicherheit zu erzeugen. In diesem Falle wird jene die Einwendung (interpositio), diese hingegen die Einführung des Rechtsmittels (introductio) genannt.

Auf die Einwendung, oder auf die Einführung des Rechtsmittels folgt die rechtliche Begründung desselben (justificatio, libellus gravaminum). Die Rechtfertigung kann aber auch mit der Einwendung, oder Einführung verbunden werden (§. 209.), und bey den ausserordentlichen Rechtsmitteln erscheint dieses sogar darum gewissermassen als nothwendig, weil hier die Trennung beyder Handlungen ohne Zweck seyn würde.

1) Wäre dieses nicht möglich, so genügt die Einwendung vor Notar und Zeugen oder auch vor letzteren allein ll. 28. X. c. 73. ja selbst die blofse Erklärung bey dem höheren Richter XLIX. fr. 1. §. 10.

Diese Handlungen zusammen stehen in dem nämlichen Verhältnisse zu der zweyten Instanz, wie die Klage zu der ersten. Nun erst hat daher der Richter die Frage: ob Verhandlungen einzuleiten (Processe zu erkennen) seyen? durch seine Verfügung zu lösen.

Damit indessen diese einseitigen, das Verfahren in zweyter Instanz bedingenden Handlungen nicht Veranlassung werden können, durch Mifsbrauch der Rechtsmittel Ungewifsheit der Rechte zu erzeugen, so haben unsre Gesetze dieselben insgesammt an Nothfristen gebunden 1). Für die Einwendung aller ordentlichen Rechtsmittel nämlich läuft die, schon oben (§. 99.) bemerkte gesetzliche Nothfrist der zehen Tage, welche der Richter nicht verlängern darf, obgleich Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen ihren Ablauf bey dem, zu dem Verfahren in zweyter Instanz berechtigten Richter, aus hinlänglichen Gründen, allerdings gesucht werden kann 2). Für die Einführung und Rechtfertigung hingegen kennt das gemeine Recht 3) nur richterliche Nothfristen, deren Verlängerung daher rechtlich möglich, für die Einführung aber natürlich schwerer, als für die, gröfseren Zeitaufwand erfordernde Rechtfertigung zu erhalten ist 4).

1) Besondere Gesetze enthalten öfters noch mehrere Formalitäten, z. B. Eidesableistungen, Succumbenz-Gelder.

2) Dieses hat mit Schärfe ausgeführt *Gönner* zu *Danz* n. XXV.

3) ll. 28. X. c. 33. 44 50.

4) *Claproth* §. 560.

§. 208. *a.*

Folgen des eingewendeten Rechtsmittels. 1. Successiv-Effect

Alle Rechtsmittel haben, wo ihr Gebrauch rechtlich möglich ist, eine, zur Bestätigung oder Abänderung hinführende nochmalige Prüfung der angeblich beschwerenden richterlichen Verfügung zur Folge. Bey allen ordentlichen Rechtsmitteln ist aber diese Folge von den wichtigen Wirkungen begleitet, daſs 1. durch die Einwendung des Rechtsmittels die Kraft der beschwerenden Sentenz, formales Recht unter den Parthieen zu erzeugen, gehemmt und eben darum 2. die rechtliche Möglichkeit der Execution derselben einstweilen aufgehoben wird. Diese beyden Wirkungen sind es, welche man sich unter der Suspensivkraft der ordentlichen Rechtsmittel denkt. Die erstere derselben ist nie von dem ordentlichen Rechtsmittel getrennt, und eben darum in der Regel auch nicht die letztere, obgleich dieses doch mitunter, theils wegen besonderer Privilegien 1), theils aus den die ausserordentliche Verfahrensart der Provisorien rechtfertigenden Gründen (§. 238.) der Fall seyn kann.

Die ausserordentlichen Rechtsmittel dagegen können, in so ferne sie als solche vorkommen, die erstere Wirkung nie haben, weil sie eine, schon wirklich oder doch, dem Zeitverlaufe nach, scheinbar rechtskräftige Sentenz voraussetzen. Eben darum können sie

1) Z. B. Wechselsachen.

auch in der Regel nicht die letztere Wirkung erzeugen, obgleich dieses doch aus den, die provisorischen Verfügungen rechtfertigenden Gründen mitunter geschehen kann 1).

§. 208. *b.*

2) *Devolutiv-Effect. Attentaten.*

Von diesem Suspensiv-Effect sehr verschieden ist die Wirkung der mehrsten 2) gemeinrechtlichen Rechtsmittel, daſs durch sie die neue Prüfung der beschwerenden Verfügung vor einen höheren Richter 3) gebracht wird. Dieses versteht man unter dem Devolutiv-Effect.

Durch diese Wirkung wird mithin ein neuer Richter in der Sache, in so ferne sie durch die Beschwerde vor ihn gebracht worden ist, zum zuständigen gemacht, und so lange die-

1) *Gönner* Handb. a. a. O. §. 10. folg. und Abh. LXII. Nicht ganz eben so betrachtet die Sache *von Almendingen* in der Metaphysik des Civilprocesses, Abh. VI.

2) Eigentlich liegt die Devolutiv-Wirkung in der Natur der eigentlichen Rechtsmittel, zu welchen die sogenannten auſserordentlichen genau genommen nicht gehören. Unsre gemeinen deutschen Gesetze stimmen hiermit so sehr überein, daſs sie bey dem einzigen bloſs suspensiven Rechtsmittel, welches sie kennen, — der als Surrogat der Appellation erscheinenden Revision nämlich — durch die Nothwendigkeit der Actenversendung für die mangelnde Devolutiv-Kraft zu entschädigen suchen.

3) Und zwar den nächsten II. 28. X. c. 66.

ses ist, wird eben dadurch dem bisherigen Richter alle Zuständigkeit in so ferne benommen, daſs, bey an sich zuständigen Rechtsmitteln, derselben nicht einmal ein Erkenntniſs über das Vorhandenseyn der Bedingungen zur Devolution 1) gebühren kann, weil das Erkenntniſs über die Bedingungen der Zuständigkeit aus dem nämlichen Grunde hier dem Richter zweyter Instanz zugesprochen werden muſs, aus welchem es bey der Klage dem Richter erster Instanz nicht bezweifelt wird. In dem Devolutiv-Effect liegt daher gewissermassen zugleich ein Suspensiv-Effect 2), obgleich in einem ganz andern Sinne als in dem des vor. §.

Was, sey es von dem Richter oder von der Parthie, eigenmächtig geschieht, um eine der angegebenen Wirkungen der Rechtsmittel zu stören, ist Attentat, welches nicht nur durch den höheren Richter, auf Anrufen, in dem schleunigsten Proceſsgange (per mandata attentatorum revocatoria) vernichtet wird, sondern auch den Richter strafbar macht und diejenige Parthie, welche sich eine solche Handlung erlaubte, als ihres ergriffenen Rechtsmittels verlustig darstellt 3)

1) Daher gehört selbst die Wiedereinsetzung gegen versäumte Nothfristen einzig vor den höheren Richter.

2) *Gönner* a. a. O. XVIII.

3) II. 28. X. c. 42.

§. 209. *a.*

Nähere Betrachtung der ersten Parthie-Handlungen; 1. der Einwendung. Cumulation mehrerer Rechtsmittel. Collision derselben.

Die Einwendung muſs eigentlich eine bestimmte seyn, sie muſs daher das Resultat der Wahl unter mehreren electiv concurrirenden Rechtsmitteln enthalten, und das gewählte Rechtsmittel muſs ein, schon wirklich begründetes seyn 1). Doch gestattet man, wegen der Kürze der, für die Einwendung der ordentlichen Rechtsmittel bestimmten Nothfrist, ausser Sachsen 2), eine elective Häufung in der Einwendung (interpositio quorumvis remediorum electiva), in welchem Falle der Richter zu der nothwendigen Wahl eine Frist bestimmt, welche jedoch keine Aenderung der, in den Gesetzen für die Einführung oder Rechtfertigung festgesetzten, von dem Tage der Einwendung an laufenden Nothfrist enthält 3).

Dagegen können allerdings mehrere Rechtsmittel, auch ganz verschiedener Art, gegen das nämliche Erkenntniſs zusammentreffen. Dieſs

1) Gegen künftige Beschwerden kann man daher mit Wirkung nicht schon zum Voraus Rechtsmittel einlegen (*Claproth* §. 352.), wohl aber kann man mit einem declaratorischen Gesuche die Einwendung eines Rechtsmittels eventuell verbinden, weil in diesem Falle das Rechtsmittel gegen eine, schon gegenwärtig möglicher Weise existirende Beschwerde gerichtet ist.

2) *Biener* syst. Proc. §. 174.

3) *von Berg* Rechtsfälle n. V.

kann geschehen 1. dadurch, dafs beyde Theile, sey es über den nämlichen Punkt der Sentenz oder über verschiedene, Rechtsmittel gebrauchen, 2. dadurch, dafs dieselbe Parthie gegen dasselbe Urtheil mehrere Rechtsmittel gebraucht, welches α. in Ansehung verschiedener Punkte ohne weiteres, selbst in Ansehung ganz verschiedener Rechtsmittel, geschehen kann, nicht selten sogar geschehen mufs, dagegen β. in Ansehung des nämlichen Punktes nur dann zulässig ist, wenn in der Häufung, weder in Ansehung des Zweckes noch in Ansehung der Mittel, ein Widerspruch enthalten ist 1).

Bey diesem Zusammentreffen entsteht denn mitunter, nach gemeinem Rechte seltner, aber nachdem so viele blofs suspensive ordentliche Rechtsmittel kennenden Particularrechte um so häufiger, eine Collision, indem mit der vollständigen Behandlung des devolutiven Rechtsmittels eine gleichzeitige vollständige Behandlung des suspensiven nicht verträglich ist. In solchen Fällen müssen zwar Anfangs die mehreren Rechtsmittel alle als selbsständig betrachtet und behandelt werden, wenn aber die Acten an das höhere Gericht eingefordert werden, so wird nun das Verfahren über das suspensive Rechtsmittel einstweilen gehemmt, ja es kann auch die Befugnifs, über das suspensive Rechtsmittel zu erkennen, dem höheren Richter erworben werden, wenn sie bey connexen Beschwerden aus der statt gefundenen Devolution der ganzen Sache, oder in solchen Fällen,

1) *Gönner* a. a. O. §. 36. *Pütter* de quaerelae nullitatis et appellationis conjunctione. Vid. Opuscul. rem jud. illustrant. n. VIII.

wo der höhere Richter bey der reformatorischen Sentenz die Acten nicht zurückschickt, aus der Unmöglichkeit einer Verhandlung vor dem unteren Richter fliefst 1).

Immer enthält die Einwendung, welche bald mündlich zu Protocoll, selbst gleich bey d. Publication der Sentenz (stante pede), bald in einer besonderen Interpositionsschedel vorgetragen werden kann, nichts weiter, als eine kurze, bestimmte Erklärung, dafs man, während der noch laufenden Nothfrist, das bestimmte oder noch zu bestimmende Rechtsmittel gegen die beschwerende Sentenz gebrauchen wolle, womit die Bitte, dem Rechtsmittel zu deferiren und dasjenige, was zu der Fortsetzung desselben gehört, zu verfügen, verknüpft wird.

Die Beschwerden schon izt aufzustellen, ist bey suspensiv- und devolutiven Rechtsmitteln ohne allen Zweck, bey blofs suspensiven hingegen wird es hier und da aus den nämlichen Gründen erfordert, aus welchen man es bey devolutiven in der Einführung verlangt (s. d. folg. §.)

Als eine selbstständige processualische Handlung, kommt übrigens die Einwendung bey den ausserordentlichen Rechtsmitteln nicht vor, weil bey ihnen eine Trennung der Erklärung, dafs man von dem Rechtsmittel Gebrauch machen wolle, von dem wirklichen Gebrauche, oder der Aufstellung und Recht-

1) *Pufendorf* T. II. obs. CX. *Mevius* P. VIII. D. 425. *Martin* §. 199.

fertigung der Beschwerden keinen Zweck haben würde, vielmehr man behaupten muſs, daſs die für diese Rechtsmittel bestimmten Zeitfristen nicht, durch eine bloſse Einwendung derselben gewahrt werden können.

§. 209 b.

2) *Der Einführung und Rechtfertigung.*

Bey allen bloſs suspensiven Rechtsmitteln folgt auf die Einwendung sogleich die Rechtfertigung derselben. Diese ist, wenn man nicht, mit bloſser Aufstellung seiner Beschwerden, sich auf d. Vorakten bezieht 1), eine juristische Ausführung daſs wirklich in Ansehung der die Beschwerden bildenden Punkte rechtlich anders hätte geurtheilt werden sollen und daſs man, durch das, mit Beobachtung aller gesetzlichen Vorschriften 2), gebrauchte Rechtsmittel, eine Abänderung der Beschwerden erwarten dürfe. Dieser Ausführung eine gedrängte Darstellung der Lage der Sache, als historischen Theil, vorauszuschicken, ist bey bloſs suspensiven Rechtsmitteln nur dann von Nutzen, wenn man in einer unrichtigen Ansicht dieser Lage einen Grund des widrigen Erkenntnisses zu finden glaubt.

Bey suspensiven und devolutiven Rechtsmitteln dagegen muſs die bey dem höheren, mit der Lage der Sache noch unbekannten

1) J. R. A. §. 65. 75.

2) Die Ausführung dieses Punktes (Rechtfertigung der Formalien) geht natürlich der Rechtfertigung der Materialien voraus.

Richter vorzunehmende Aufstellung und Rechtfertigung der Beschwerden immer, durch die Vorausschickung des angegebenen historischen Theils, unterstützt werden. Auch ist mit ihr die Erklärung, daſs man durch das ergriffene Rechtsmittel die Sache an den höheren Richter bringen wolle und die Ausführung, daſs dieses rechtlich geschehen könne (dessen Jurisdiction fundirt sey), zu verbinden.

Es ist indessen hergebracht, daſs man, bey suspensiven und devolutiven Rechtsmitteln, der ersten Frist nach der Einwendung durch eine bloſse Einführung des ergriffenen Rechtsmittels Genüge leisten und nun um eine neue Frist zur Rechtfertigung der Beschwerden bitten könne. Die Einrichtung dieser Einführungsschrift ist, nach den Observanzen der Gerichte, sehr verschieden. Bey manchen ist sie eine, im Grunde unnütze, kurze Erklärung, daſs man das, nach der beyzulegenden Bescheinigung, gehörig eingewendete Rechtsmittel hiermit einführen und um einen Rechtfertigungstermin bitten wolle. Bey andern dagegen enthält sie, mehr mit den Gesetzen übereinstimmend 1), den ganzen historischen Theil der Rechtfertigung, die Begründung der Jurisdiction, Rechtfertigung der Formalien und Aufstellung der Beschwerden 2), eine Methode, welche darum unstreitig die zweckgemäſsere ist, weil nun der Richter doch in den Stand gesetzt ist, bey offenbar unzulässigen und, nach den

1) J. R. A. §. 64.

2) *Claproth* §. 391.

eigenen geschichtlichen Voraussetzungen, frivolen Rechtsmitteln, durch eine alsbaldige abschlägliche Verfügung, für die Abkürzung eines ungerechten Processes thätig zu seyn.

§. 210 *a.*

Richterliche Verfügungen auf die Einwendung und Rechtfertigung. 1. Bey bloſs suspensiven Rechtsmitteln.

Sobald das bloſs suspensive Rechtsmittel eingewendet worden ist, muſs der Richter diese Einwendung seiner Prüfung unterwerfen. Diese Prüfung kann aber izt noch keine andre Fragen zum Gegenstande haben, als: 1. ob in dem vorliegenden Falle der Gebrauch eines Rechtsmittels überhaupt rechtlich möglich sey? 2. ob dieses der Fall in Ansehung dieses Rechtsmittels sey? 3. und ob die zu dem Gebrauche dieses Rechtmittels gesetzlich zur unerlaſslichen Bedingung gemachten Formalien gewahrt seyen? Ist eine dieser Fragen mit Nein zu beantworten, so ist das eingewendete Rechtsmittel schon izt sogleich zu verwerfen.

Auf die Erheblichkeit der Beschwerden dagegen kann izt noch keine Rücksicht genommen werden, und selbst wenn die Beschwerden schon in der Einwendungsschrift aufgestellt werden (§. 209 *a*), dürfte doch nur eine über (jeden denkbaren Zweifel erhobene Verwerflichkeit derselben eine Abschlagung der gebetenen Rechtfertigungsfrist, wegen Frivolität, rechtfertigen können.

Sobald aber die Rechtfertigungsschrift eingekommen ist, sind nun, ausser der Rücksicht auf die weiteren Formalien nach der Einwen-

dung, die Beschwerden der Gegenstand der sorgfältigsten Prüfung, deren Resultat dem Richter bestimmen muſs, ob, bey dem Mangel bündiger Gründe, das Rechtsmittel, wegen Unerheblichkeit der Beschwerden, abzuschlagen, oder, bey dem Daseyn bündiger Gründe, eine weitere gesetzliche Verhandlung in zweyter Instanz, durch Mittheilung der Rechtfertigung an den Gegentheil zur Beantwortung, einzuleiten sey (Processe zu erkennen seyen) 1).

Nicht leicht wird, auch bey bündig gerechfertigten Beschwerden, schon izt, ohne Verhandlung, reformirt 2) werden können, dagegen kann es keinem Zweifel unterworfen seyn, daſs der Richter, wenn er eine oder alle Beschwerden auf einen bloſsen Miſsverstand seiner Sentenz gegründet findet, schon izt, durch eine Erklärung seines Spruches, dieselben aufheben, und dadurch das gebrauchte Rechtsmittel, ganz oder zum Theile, unnöthig machen könne 3). Eben dieses kann denn auch schon bey der Einwendung geschehen, wenn in derselben die Beschwerden aufgestellt worden sind.

1) Relevanzbescheid.

2) Daſs der Richter Fehler, welche nach den Gesetzen nicht rechtskräftig werden, wie Rechnungsfehler [XLIX. 8. fr. 1. §. 1.], sogleich aufheben könne, ist keinem Zweifel unterworfen. Es würde dieses, selbst ohne den Gebrauch eines im Grunde hier unstatthaften Rechtsmittels gekonnt haben.

3) *Gatzert* pr. de rest. i. i. effectu nonnunquam declaratoria in supremis imperii judiciis. Gissae 1780. verb. mit *Gönner* a. a. O. §. XLIX.

§. 210*b*.

2. *Bey devolutiven Rechtsmitteln.*

Bey den devolutiven Rechtsmitteln hat der Oberrichter, sobald das Rechtsmittel eingeführt ist, die nämlichen Rücksichten für seine Prüfung und Entscheidung, welche bey dem bloſs suspensiven Rechtsmittel, von der Einwendung an (§. 210 *a*.), zu nehmen sind. Nur kann der Oberrichter unbedenklicher schon auf die bloſse Rechtfertigungsschrift die Beschwerden, durch Abänderung der vorigen Sentenz, aufheben, wobey jedoch vorausgesetzt wird, daſs er zuvor die vollständigen Acten erster Instanz eingesehen habe, und daſs seine Abänderung sich einzig auf diese Bcten, nicht auf neue, etwa in der zweyten Instanz zulässige factische Vorträge der Rechtfertigungsschrift stütze (§. 79. vergl. jedoch auch §. 211. am Ende).

Uebrigens ist hier zu bemerken, daſs, wenn der Oberrichter ein weiteres Verfahren in zweyter Instanz über die gerechtfertigten Beschwerden nothwendig findet, die hierzu erforderlichen Verfügungen nicht bloſs in der Mittheilung der Rechtfertigungsschrift zur Beantwortung bestehen können, sondern auch auf dasjenige gerichtet seyn müssen, was daraus, daſs er die Sache als vor ihn gehörig (an ihn erwachsen) betrachtet, folgt. Hierzu gehört nämlich die Einforderung der Acten erster Instanz (literae compulsoriales) und, bey zugleich suspensiven Rechtsmitteln, die Aufhebung aller Befugniſs des Unterrichters zu Richter-Handlungen in dieser Sache (inhibitoriales). Die Erlassung dieser drey Verfügungen zusam-

men nennt man die Erkennung der **vollen** Processe. Am zweckgemäſsesten ist es unstreitig, nie diese vollen Processe auf einmal zu erkennen, sondern immer, nach eingebrachter, nicht in sich selbst verwerflichen Rechtfertigungsschrift, zuerst die Compulsorialien zu erlassen und dann erst, nachdem die Acten erster Instanz mit Bericht 1) eingegangen und daraus die Actenmäſsigkeit des Vortrags in der Rechtfertigungsschrift ersehen worden ist, die übrigen Verfügungen folgen zu lassen.

§. 210 c.

Fortsetzung.

Am schwierigsten ist die Bestimmnng der Befugnisse und Verbindlichkeiten des Unterrichters bey eingewendeten suspensiv- und devolutiven Rechtsmitteln.

So viel ist gewiſs, daſs der Unterrichter nichts über die Erheblichkeit der Beschwerden zu bestimmen habe. Dagegen ist es eben so gewiſs, daſs er auf das eingewendete Rechtsmittel zu erklären habe, *ob* er demselben Statt gebe (deferire), oder nicht 2), und daſs er dem Zeugnisse über das eingewendete devolutive Rechtsmittel und die beobachteten Nothfristen (apostoli, literae dimissoriae 3)), jene Verfügung einzurücken (entweder apostolos **refutato-**

1) Dieser Bericht muſs die Entscheidungsgründe des Unterrichters enthalten. Eine sehr zweckmäſsige Einrichtung! J. R. A. §. 60. 61.

2) XLIX. 5. Dip.

3) Dieses war ehemals **unumgänglich** nothwendig, nach deutschem Rechte aber nur nützlich. C. d. K. G. O. II. 32.

rios 1) oder reverentiales zu ertheilen 2)) habe. — Es ist ferner aufser Zweifel, dafs die apostoli refutatorii keine Rechtskraft erhalten, dafs es defswegen, um die Sache an den Oberrichter zu bringen, keiner neuen Ergreifung eines Rechtsmittels gegen dieselbe bedürfe 3) und dafs auf der andern Seite eine solche Wiederholung des Rechtsmittels den Unterrichter nicht verbinden könne, nunmehr apostolos reverentiales ertheilen zu müssen 4); um so zweifelhafter aber ist es, was denn nun eigentlich für eine Kraft der unterrichterlichen Verfügung auf das eingewendete Rechtsmittel zugeschrieben werden müsse. Die der Natur der Sache und der Rechtsanalogie gemässesten Bestimmungen hierüber dürften wohl folgende seyn:

1. Wenn das eingewendete Rechtsmittel an sich rechtlich möglich ist, und der Unterrichter demselben nur darum, weil die Nothfristen nicht beobachtet worden sind, nicht deferiren kann, so darf sein Verwerfungsdecret ihn nie berechtigen, der hier, vermittelst einer

1) Diese enthalten immer die Gründe des Abschlags.

2) Ist vor einem Notar das Rechtsmittel eingewendet, so heifst dessen Zeugnifs apostoli testimoniales. — Einige kennen auch noch conventionales, restitutorios, ja sogar dimissorios.

3) So hat das R. K. Gericht am 16. Febr. 1715, durch ein concl. pleni entschieden. *Balemann* Visit. Beschlüsse S. 253.

4) *Gönner* Handb. XLI. §. 6. Manche behaupten indessen sehr inconsequenterweise das Gegentheil.

nur von dem Oberrichter zu verfügenden (§. 208 *b.*) Wiedereinsetzung, noch immer möglichen Devolution der Sache an den Oberrichter zu präjudiciren 1). Sobald daher derjenige, welcher das Rechtsmittel ergriffen hat, anzeigt und bescheinigt, daſs er sich wirklich an den Oberrichter gewendet habe, muſs der Unterrichter seine Gewalt so lange interimistisch suspendiren, bis der Gegentheil ein abschlägliches Decret des Oberrichters aufzuzeigen vermag.

2. Wenn hingegen das eingewendete Rechtsmittel an sich rechtlich unmöglich ist, so kann der, aus diesem Grunde demselben nicht deferirende Richter sich in der Ausübung seiner Gewalt dadurch, daſs ein Theil den Oberrichter angegangen hat, nicht stören lassen, ja es würde sogar Justizverweigerung seyn, wenn er, auf des Gegentheils Auffordern, nicht in der Sache fortfahren wollte, so lange ihn noch nicht Inhibitorialien des Oberrichters hemmen.

3. Wenn endlich der Unterrichter dem ergriffenen, an sich statthaften Rechtsmittel deferiren muſs, so muſs er seine Gewalt als interimistisch suspendirt betrachten, und darf den möglichen, von dem Oberrichter dereinst zu bestimmenden Wirkungen des Rechtsmittels nicht entgegen handeln. Da indessen des Oberrichters Verfügung hierüber erst nach einem geraumen Zeitverlaufe erhalten werden kann, so ist das Recht des Unterrichters, aus Gründen, welche überhaupt provisorische Verfügungen rechtfertigen können (§. 238.), auch

1) VII. 62. Cod. c. 3.

mit provisorischer Wirkung und bis zu einer entgegengesetzten Verfügung des Oberrichters dem eingewendeten Rechtsmittel die Kraft, die Execution der Sentenz zu hemmen, abzusprechen, und die Verbindlichkeit dessen, welcher das Rechtsmittel eingewendet hat, sich dieser provisorischen Verfügung zu fügen, nicht zu verkennen 1).

§. 211.

Folge der erkannten Processe. Gemeinschaftlichkeit des Rechtsmittels. Adhäsionen.

Durch die erkannten Processe kömmt im Allgemeinen die Sache zu dem Gerichte in das nämliche Verhältniſs, wie in dem Verfahren erster Instanz durch die Ladung.

Durch die frühere Insinuation derselben begründet daher, bey concurrirenden Obergerichten, das eine die Prävention (§. 52.). und dem Geladenen muſs die Befugniſs, sich, wegen Mangel der Gründe für die Jurisdiction des Richters zweyter Instanz, forideclinatorischer Einreden zu bedienen, zustehen.

In so ferne aber äussert sich doch auch hierbey ein wichtiger Unterschied zwischen dem Verfahren in dieser und dem Verfahren in der ersten Instanz, daſs bey jenem die forideclinatorischen Einreden nicht von der eventuellen Erklärung über die Beschwerden befreyen 2),

1) Ueberhaupt s. *Gönner* in der angef. Abh.
Andrer Meinung ist *von Almendingen* in der Metaphysik des Processes. Abh. VI.

2) J. R. A. §. 70.

und daſs in ihm keine Prorogation der Gerichtsbarkeit aus der unbedingten Einlassung erfolgt (§. 218 not. *).

Die wichtigste aller Folgen der erkannten Processe ist indessen die durch sie erzeugte Möglichkeit einer Gemeinschaft des Rechtsmittels. Vermöge dieses sowohl in der Natur der Sache, als auch in unsern Gesetzen 1) gegründeten Rechtes, geht die von dem einen Theile durch ein Rechtsmittel angegriffene Sentenz in so ferne sie dieses ist 2), auch nicht gegen den andern Theil in Rechtskraft über, sondern dieser erhält, durch die Erkennung der Processe, das Recht, eine Abänderung der angegriffenen Stellen auch zu seinem Vortheile zu verlangen und, in seiner Antwort auf die, bis dahin nicht zurückgenommenen Beschwerden 3) seines Gegners, dem von demselben ergriffenen Rechtsmittel zu adhäriren 4). Ist diese die Adhäsion enthaltende Erklärung einmal geschehen, so ist nun die

1) Cod. VII. 62. c. 39. I. 6. c. 4. in 6to.

2) *Pütter* de utriusque partis appellatione ejusque communione vel adhaesione in Opusc rem. jud. illustr. n. XII §. 18. 19. *Gönner* III. 57. §. 20. folg.

3) Siehe die in der vorigen Note angef. *Pütter* und *Gönner*.

4) Wenn die eine Parthie während der laufenden Nothfrist das nämliche Rechtsmittel, welches der Gegentheil schon eingewendet hat, gebraucht, so nennt man dieſs wohl mitunter Adhäsion, und setzt es unter dem Namen der Principaladhäsion der, in dem §. bezeichneten, als accessorischer Adhäsion, entgegen, allein in der Sache ist jene

Rechtskraft der Sentenz, auch in Hinsicht der Gegenparthie dessen, welcher das Rechtsmittel ergriffen hatte, suspendirt und dieses einmal erworbene Recht ist nun selbstständig. Adhärirt dagegen die Gegenparthie in ihrer Antwort auf die Beschwerden dem Rechtsmittel nicht, so ist von nun an gegen sie die Sentenz unabänderlich rechtskräftig.

Diese rechtliche Möglichkeit der Adhäsion scheint übrigens noch ein sehr wichtiger Grund gegen Reformatorien, ohne erkannte Processe, zu seyn, sobald sich eine Beschwerde des Gegentheils auch nur entfernterweise denken läſst.

§. 212. *a.*

Weiteres Verfahren in zweyter Instanz.

Das Verfahren in zweyter Instanz hat übrigens, nach erkannten Processen, fast nichts Eigenthümliches. Auf den Beschwerdenlibell folgt die Antwort des Gegentheils, bey manchen Rechtsmitteln alsdann auch noch Replik und Duplik. Nach geschlossenen Verhandlungen wird die angeblich beschwerende Sentenz durch eine neue entweder (ganz oder theilweise) bestätigt, oder abgeändert (reformirt).

Ist das Erkenntniſs ganz bestätigt, so wird, bey devolutiven Rechtsmitteln, nunmehr

durchaus selbstständiges, von allen Formalien abhängiges Rechtsmittel. Uebrigens concurrirt aber die eigene Einwendung eines Rechtsmittels, oder die Principaladhäsion mit der accessorischen electiv. *Biener* Syst. proc. §. 177.

die Sache ohne Zweifel an den Richter erster Instanz zurückgewiesen 1) (Remissoriales erlassen). Ist das Erkenntniſs ganz reformirend, so leidet es eben so wenig Zweifel, daſs wenn nur von Vollstreckung dieses Erkenntnisses die Rede ist, diese dem reformirenden Richter, als Vollstreckung seiner Sentenz, gebühre und nur ein Auftrag des oberen Richters den unteren zur Vornehmung der hierzu erforderlichen Handlungen berechtigen könne.

Dagegen scheinen die kanonischen Gesetzstellen 2), welche bey jedem, sey es ganz oder zum Theile, reformatorischen Erkenntnisse es der Willkühr des oberen Richters überlassen, ob er die Sache zum weiteren Verfahren an das untere Gericht remittiren wolle, oder nicht, nicht ganz zu dem bisherigen reichsgrundgesetzlichen Rechte des Deutschen auf die angeordneten Instanzen zu passen. Vielmehr dürfte, wegen dieser nothwendigen Rücksicht, behauptet werden können, daſs, wenn durch das reformirende Erkenntniſs neue Verhandlungen über einen Gegenstand eingeleitet werden, über welchen in erster Instanz nicht schon erkannt worden ist, die Sache, zur Einleitung dieser Verhandlungen, an den Richter erster Instanz zu remittiren sey 3).

Ein bloſs in Nebenpunkten reformirendes Erkenntniſs übrigens wird einem ganz confirmatorischen, ein bloſs in Nebenpunkten con-

1) II. 28. X. c. 59. 61.

2) Vergl. die Gesetze in der vorhergh. Note.

3) *Gönner* III. 60. §. 34. folg.

firmirendes einem ganz reformatorischen gleich geachtet werden müssen.

§. 212 *b.*

Beschlufs. Aufhebung der Rechtsmittel ohne Sentenz.

Auch ohne Sentenz kann manchmal das Verfahren zweyter Instanz aufgehoben werden. Diefs geschieht 1. wenn derjenige, welcher das Rechtsmittel ergriffen hat, während des Verfahrens unbeerbt stirbt 1), 2. wenn er ausdrücklich oder stillschweigend verzichtet 2).

Der Verzicht kann ausdrücklich erklärt, er kann aus concludenten Handlungen gefolgert werden. Im ersteren Falle kann er *a*) vor der Sentenz mit Wirkung 3) Statt finden und zwar speciell erklärt, selbst auf ausserordentliche Rechtsmittel 4), er kann aber auch *b*) erst nach gefällter Sentenz vorkommen, wo er denn, vor der Einwendung erklärt, in der Regel nur die ordentlichen Rechtsmittel begreift, nach der Einwendung aber von dem eingewendeten Rechtsmittel zu verstehen ist.

Im letzten Falle geht der stillschweigende Verzicht nur so weit, als die Handlung, woraus er gefolgert wird, concludent ist, und also möglicher Weise selbst auf die ausserordentlichen Rechtsmittel, wenn wissentlich eine, mit dem Gebrauche derselben im Widerspruch

1) XLIX. 13. Dig. VII. 66. Cod.
2) VII. 62. C. c 28. II. 28. X. c. 70.
3) XLIX. 2. D. fr 1. §. 3 VII. 63. Cod. c. ult. §. 6.
4) In so ferne dabey Verzicht denkbar ist.

stehende Handlung vorgenommen wird. Bey versäumten Nothfristen eines ordentlichen Rechtsmittels 1) wird daher nicht leicht eine Verzichtung auf die ausserordentlichen Rechtsmittel angenommen werden können, dagegen wird dieses schon eher bey einem geschehenen, mit der Wirkung des eingewendeten Rechtsmittels unverträglichen Rücktritte zu dem Unterrichter, und am leichtesten bey der wirklichen Erfüllung des Inhaltes der Sentenz möglich seyn 2).

Zweytes Kapitel.

Von dem Verfahren in zweyter Instanz, nach Verschiedenheit der ergriffenen Rechtsmittel.

I. Rechtsmittel der Appellation.

§. 213.

Wann und in wieferne die Appellation Statt findet.

Unter der Appellation versteht man dasjenige ordentliche Rechtsmittel, durch welches die Untersuchung und Entscheidung über die gegen eine rechtsverletzende Sentenz aufgestellte Beschwerden in zweyter Instanz an den nächsten

1) II. 15. c. 5. in 6to.

2) Sehr schön hat diese Lehre *Gönner* III. 57. §. 30. folg. behandelt. Vergl. auch *Böhmer* de appellat. interp. renunc. in Elect. juris Civ. T. I.

Oberrichter gebracht wird. Dieses Rechtsmittel kann, in so ferne nicht der Mangel gewisser, durch besondere Gesetze vorgeschriebener Bedingungen (unter welche gewöhnlich eine bestimmte Appellationssumme gehört 1)), entgegensteht, gegen jede richterliche Sentenz (§. 101.) ergriffen werden. Jedoch sind hiervon natürlicher Weise diejenigen Erkenntnisse ausgenommen, welche, ihrer Natur und den Gesetzen nach, sogleich in Rechtskraft übergehen. Es gehören dahin 1. die bloſsen Erklärungsurtheile, welche auf den abgeschwornen, oder verweigerten, sey es zugeschobenen oder auferlegten, Eid gegeben werden 2) (§. 127.). 2. Diejenigen, welche, dem Contumacialverfahren zur Folge, die angedrohte Strafe gegen den Versäumenden verhängen 3), es müſste denn die angedrohte Strafe selbst als eine unrechtliche angefochten werden. Wenn der vermuthliche Contumax behauptet, daſs bey ihm keine Contumaz angenommen werden könne, so muſs er bey dem nämlichen Richter Wiedereinsetzung

1) Landesgesetze schreiben deren gewöhnlich vor. Die Reichsgesetze hatten die Summe von 600 fl. in Ansehung der Appellationen an die Reichsgerichte. J. R. A. §. 112.

2) XLII. 1. D. fr. 56 IV. 1. Cod. c 12 §. 1. 3.

3) VII. 65 Cod. const. 1. Wenn eine Proceſsgesetzgebung von dem Grundsatze ausgeht, daſs die Appellation von der definitiven Sentenz auch alle Interlocute suspendire dann muſs allerdings die Berufung von Cntumacial-Urtheilen auch zu dem Zwecke erlaubt seyn, um nur noch dasjenige vorzubringen, was man früheren Interlocuten glaubt, entgegensetzen zu können.

suchen. 3. Diejenigen, welche in höchster Instanz gegeben werden 1). Gegen simple Decrete und Polizeyverfügungen 2) können übrigens wohl Provocationen an den höheren Richter (appellationes extrajudiciales), aber keine gerichtliche Berufungen als eigentliche Rechtsmittel gegen Sentenzen, Statt finden (§. 101.).

§. 214.

Wirkungen der Appellation.

Die Appellation hat in der Regel die vollen Wirkungen eines suspensiven und devolutiven Rechtsmittels (§. 208.). Die Devolutiv-Wirkung kann nie von derselben getrennt seyn. Die Wirkung, die Execution der Sentenz zu hemmen, dagegen kann es, bald nach den Grundsätzen eines besondern Rechts, wie in Wechselsachen da, wo strenges Wechselrecht gilt 3), bald aus

1) Die Verordnung des gemeinen Rechts, daſs gegen die dritte gleichförmige Sentenz nicht appellirt werden könne [VII 70. Cod. Nov. 82. c. 5. 11. 28. X. c. 5 65] ist in Deutschland nicht anwendbar. Die höchsten Reichsgerichte konnten auf sie nicht achten, weil sie nur bey sich eine dritte Instanz anerkennen konnten, in den einzelnen Landen aber würde sie, wenn nicht das Gegentheil besonders bestimmt ist, mit der Organisirung mehrerer, als 3 Instanzen im Widerstreit seyn. In manchen Landen scheint es indessen freylich, als ob man die Herbeyführung dreyer ununterbrochen gleichförmigen Urtheile als das einzige legale Ende der sonst endlosen Instanzenzulassung betrachte.

2) Dahin gehören auch die Verfügungen in dem sogenannten possessorio sumariissimo.

3) J. R. A. §. 107.

den Gründen, aus welchen überhaupt provisorische Verfügungen gerechtfertigt werden können (§. 238.).

Daſs die Appellation auch die Wirkung haben sollte, den Rechtsstreit in die Lage zurückzusetzen, in welcher er sich zur Zeit der Einlassung in der ersten Instanz befunden hat 1), ist eine zwar in dem römischen Rechte gegründete und bey seiner Beschränkung der Appellation auf definitive Erkenntnisse nothwendige, bey uns aber, unter gänzlich veränderten Umständen, keineswegs unbedingt anwendbare Behauptung. Es steht zwar den Parthieen allerdings frey, neue rechtliche Deductionen ihrer Ansprüche zu liefern, ja bey Appellationen von Endurtheilen und mit gleicher Kraft versehenen Interlocuten, selbst auf neues factisches Vorbringen ihre Beschwerden zu stützen 2), allein sie dürfen 1. weder auf neue Thatsachen

1) *Danz* a. a. O. §. 416. ibique citt.

2) Ich habe sonst geglaubt, daſs die Nova in der Appellationsinstanz nur zur Unterstützung ohnehin gegründeter Beschwerden gebraucht werden könnten, weil man da, wo man sein Recht bloſs auf Nova stütze, das remedium restitutionis habe und es daher keiner Ueberspringung einer Instanz bedürfe. Ich habe mich nunmehr überzeugt, daſs dieses Argument zu weit führt, weil die Restitution auch auf solche Nova gestützt werden kann, welche, nur erst in der Verbindung mit dem früher Vorgebrachten, entscheidend sind. Siehe die Motive zum Art. 122. in dem zweyten Heft der neuen Civilproceſs-Gesetzgebung für das Groſsherzgth. Hessen und *von Almendingen* a. a. O. 2. VII. Dagegen *Gönner* III. 39. §. VI. folg.

neue Ansprüche (sey es als Klagen, Widerklagen, oder Einreden) gründen und dadurch darüber dem Gegner das Recht der ersten Instanz entziehen 1) noch auch, 2. neue Beweise in Ansehung welcher die Präclusivkraft des Beweistermins in erster Instanz ihre Wirkung geäussert hatte, vorbringen, es wäre denn, dafs sie, zur Begründung einer Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, eidlich erhärteten: „dafs sie das angegebene An- und Vorbringen in erster Instanz nicht vorbringen können, oder doch einzubringen nicht für nöthig oder dienlich geachtet, nunmehro aber dafür hielten, dafs solches alles zur Erhaltung ihres Rechtes dienlich oder nothwendig sey (2)."

§. 215.

Verfahren in der Appellationsinstanz.

Die Einwendung der Appellation geschieht, wie die eines jeden Rehtsmittels (§209 *a*), durch eine mündliche oder schriftliche Erklärung: dafs man sich durch das richterliche Erkenntnifs als beschwert betrachte, deswegen hiermit die Appellation an den Oberrichter gegen dasselbe ergreife, und, dieser eingewendeten Appellation zu deferiren, bitte 3). Hat man die ge-

1) Cod. VII. 63. const. 4. K. d. K. G. O. III. 39. §. 4.

2) J. R. A. §. 73. Besser ist freylich die Verordnung in I. 6 c. 4. in 6to.

3) Bey der Appellation gegen simple Interlocute soll die Einwendung zugleich die Aufstellung der Beschwerden enthalten, damit der Unterrichter sehen könne, ob er

setzliche Nothfrist für die Einwendung versäumt, so bedarf es, wenn man Wiedereinsetzung in den vorigen Stand sucht, gar keiner Einwendung, sondern die Appellation wird nun, sogleich bey dem Vortrage der Bitte um Wiedereinsetzung, über welche der Oberrichter zu erkennen hat (208 *b*. 210 *c*.), als unter Voraussetzung der Genehmigung dieser Bitte rechtlich zulässig, gerechtfertigt, oder doch wenigstens eingeführt, dem Unterrichter aber hiervon, mit der Bitte um interimistische Sistirung des Verfahrens, nur eine Anzeige gemacht.

Binnen einer zweyten Nothfrist von 30 Tagen nach eröffnetem Urtheile erster Instanz, müfste hierauf der Appellant, nach römischen Gesetzen 1), um die Apostel (§. 210 *c*.) bitten, allein nach den Reichsgesetzen ist dieses nicht mehr nothwendig 2). Statt dessen aber soll, binnen einer gesetzlichen Nothfrist von 30 Tagen, von der geschehenen Einwendung an gerechnet, bey Strafe der Desertion, um Mittheilung der Acten erster Instanz gebeten werden 3). Räthlich ist es daher, die Gesuche

dieselbe nicht selbst aufheben wolle [ll. 28. X. c. 60. ll. 15. c. 1. 11. in 6to.]. Eben dieser Grund beweifst aber, dafs diefs nicht bey interlocutorischen Sentenzen, sondern nur bey Provocationen von blofsen Decreten erforderlich seyn könne.

1) XLIX. 6. D. — Cod. VII. 62. const. 6.

2) K. G. O. Th. 2. T. 30. §. 1.

3) K. G. O. a. a. O. T. 31. §. 1. J. R. A. §. 61. 63. Sonderbar zwar, aber keineswegs schädlich für die Sache

um Ertheilung der Apostel und Mittheilung der Acten sogleich mit der Bitte in der Einwendung zu verbinden. Die Verfügungen des Unterrichters auf die Einwendung bestimmen sich ganz nach §. 210 *c.*, und eben so ist über die Einführung und Rechtfertigung, und die auf beyde erfolgenden oberrichterlichen Verfügungen ganz dasjenige zu wiederholen, was über das Verfahren bey suspensiven und devolutiven Rechtsmitteln vorausgeschickt worden ist.

II. Rechtsmittel der Revision.

§. 216.

Von der Revision als subsidiarischem ordentlichen Rechtsmittel.

Da aus zureichenden Gründen die Reichsgesetze sowohl für die ehemaligen Reichsgerichte, als auch, nach ihrem Beyspiele, die mehrsten Landesgesetze eine bestimmte Summe, wie hoch sich der Gegenstand des Rechtsstreites belaufen müsse, als Bedingung zum Gebrauche der Appellation festsetzen, so schien es nöthig auf irgend eine Art doch auch für diejenigen zu sorgen, welche in Ansehung einer kleineren Summe sich in ihren Rechten gekränkt fühlten. Die Gesetze erlauben daher, in diesen Fällen sich des blofs suspensiven Rechtsmittels der Revision der Acten zu bedienen, jedoch, um auch hier wegen der mangelnden Devolutivwirkung dieses Rechtsmittels zu sichern, mit der

ist es, dafs es blofs an dieser Actenrequisition genügt, und die wirkliche Herausgabe derselben nicht nothwendig ist. *Gönner* III. 41, §. 11.

Einwendung desselben die Bitte um Versendung der Acten an Unpartheyische zu verbinden, wenn man durch die von dem Richter erster Instanz selbst vorgenommene Revision sich nicht hinlänglich gesichert hielte (transmissio actorum in vim revisionis 1)). Uebrigens gilt von diesem, bey dem Mangel der Appellationssumme, an die Stelle der Appellation tretenden Rechtsmittel durchaus alles, was von der Appellation selbst gilt, ausgenommen 1. dafs auf es nicht angewendet werden kann, was blofs aus der Devolutivwirkung der Appellation folgt, 2. dafs bey ihm der Richter der vorigen Instanz nicht alle diejenigen Befugnisse habe, welche ihm bey sonstigen blofs suspensiven Rechtsmitteln zugeschrieben werden müssen (§. 210 *a*.), sondern vielmehr die Rücksicht, dafs Actenverschickung hier die mangelnde Devolutivwirkung e r s e t z e n soll, nicht nur von jeder Verfügung über die Beschwerden zurückhalten, sondern selbst bestimmen müsse, das Urtheil über die Restitution gegen versäumte Formalien 2) den Auswärtigen zu überlassen; 3. dafs in der Regel nur von jedem Theile durch e i n e Schrift verhandelt wird, wenn nicht, in der Appellationsinstanz zulässige neue factische Ausführungen vorgebracht werden (§. 214.), in welchem Falle jeder Parthie noch e i n e Verhandlung mehr gestattet seyn soll 3).

1) R. D. A. 1600. §. 16. J. R. A. §. 113.
2) Mit diesem Restitutionsgesuche ist daher die Rechtfertigung der Beschwerden immer zu verbinden.
3) R. D. A. a. a. O.

§. 217.

Von dem nicht subsidiarischen Rechtsmittel der Revision.

Aufser dem angeführten, in den Reichsgesetzen gegründeten, subsidiarischen Rechtsmittel der Revision haben verschiedene Landesgesetze und Procefsordnungen noch andre blofs suspensive Rechtsmittel, auch als nicht subsidiarisch, eingeführt. Diese führen bald gleichfalls den Namen der Revision, bald den der Supplication, bald (wie in Sachsen) den der Leuterung (und Oberleuterung), bald den der (heilbaren) Nichtigkeitsbeschwerde u. d. gl. So verschieden diese Namen sind, so verschieden sind auch die in den einzelnen Procefsordnungen für dieselben bestimmten Formalien. In der Regel aber sind die von der Appellation geltenden Grundsätze, in so ferne man von der Devolutivwirkung dieses Rechtsmittels absieht, auch bey den benannten blofs suspensiven Rechtsmitteln von Anwendung, selbst in Ansehung der Frage, ob neue factische Anführungen Statt finden dürfen, wo jedoch die Revision gewöhnlich eine Ausnahme macht. Das Verfahren bey denselben bestimmt sich ganz nach §. 210 *a.* und 212 *a.*

§. 218.

III. Unheilbare Nichtigkeitsklage.

Die unheilbare Nichtigkeitsklage würde, wenn sie überhaupt unter den Begriff eigentlicher Rechtsmittel gebracht werden könnte, in so ferne als ein ausserordentliches

dargestellt werden müssen, als sie selbst noch nach der Vollstreckung des Erkenntnisses, mithin ohne suspensive Kraft, binnen der für die Dauer aller perpetuirlichen Klagen bestimmten Frist von 30 Jahren gebraucht werden kann 1).

Die Nichtigkeit mufs aber alsdann nothwendig eine unheilbare seyn, d. h. eine solche, welche nicht durch Unterlassung des Gebrauchs ordentlicher Rechtsmittel für aufgehoben betrachtet wird 2). Eine solche will die neuere

1) Man braucht ihrer Hülfe aber nur dann binnen dieser Zeit, wenn man sich nicht in dem Zustande der Unverletztheit befindet. Will der Gegner erst den durch eine nichtige Sentenz bestimmten Zustand der Dinge gegen uns einführen, so ist man zu jeder Zeit durch die exceptio nullitatis gesichert.

2) Anders bestimmt *Gönner* III. 64. diesen Begriff. Allein wenn auch dieser würdige Gelehrte darin Recht hat, dafs Sentenzen über Rechte, welche der Disposition der Parthieen nicht unterworfen sind, zu jeder Zeit angefochten werden können, wenn sie im Grunde auf eine solche Disposition der Parthieen gestützt erscheinen (Z. B. in ll. 27. X. c. 7. nach der Erläuterung *von Almendingens* in der letzten Abh. in seiner Methaphysik des Processes), so kann ich doch in der Unveräusserlichkeit des Rechts den Erkenntnifsgrund der unheilbaren Nullitäten nicht finden. Der Gegensatz in dem J. R. A. und die darin aufgestellten Fälle unheibarer Nullitäten ergeben es zu klar, dafs unter dem Heilbaren nicht das der Möglichkeit eines Verzichts überhaupt unterworfene, sondern nur das, worauf die unterlassene Appellation einen Verzicht enthalten soll, verstanden sey. (*Pütter* de quer. null. et appellat. conjunctione §. 22.

Gesetzgebung 1), um alle bis dahin bestandenen Streitigkeiten über den Unterschied zwischen Nullitäten und Iniquitäten aufzuheben, keineswegs aus der Gröſse der, in der Sentenz enthaltenen Rechtsverletzung, sondern einzig aus dem Mangel der nothwendigen Voraussetzungen zur Möglichkeit einer Sentenz überhaupt — also nur aus wesentlichen Mängeln in Ansehung der Subjecte des Processes oder des Processes 2) selbst — abgeleitet

1) J. R. A. §. 121 — 224. „Nachdem von vielen Jahren her mit vieler Zeitverlierung unnöthiger Dinge vielfältig disputirt worden, ob sententia nulla oder injusta sich erhalte, und zwar darum allein, daſs a sententia nulla in 30 Jahren die Klage prosequiret, a sententia iniqua aber intra decendium appelliret werden kann und soll; so solle zur Verhütung dergleichen unnöthigen Gezänks in allen beyden Fällen, das ist a sententia tam nulla quam iniqua, das fatale interponendae observirt — — werden. Bey denjenigen Nullitäten aber, welche insanabilem defectum aus der Person des Richters, oder der Parthey, oder aus den substantialibus des Processus nach sich führen, verbleibt es bey der Disposition des gemeinen Rechts." Sonderbar, wie *Pütter* a. a. O. behaupten kann, dieses Gesetz enthalte nur Beyspiele der unheilbaren Nichtigkeit, bestimme aber nicht den Begriff eines defectus insanabilis!

2) Was in Ansehung des Processes wesentlich sey, ist oben gezeigt worden. Im allgemeinen ist daher unheilbare Nichtigkeit in dieser Hinsicht vorhanden, wenn entschieden wurde ohne Klage, oder ohne daſs dem Verfahren die nothwendige Tendenz auf Herbeyführung,

wissen 1). Kein anderer Unterschied dürfte sich auch der Gesetzgebung empfehlen, am wenigsten der schwankende zwischen dem, was contra jus in thesi und in hypothesi ist 2).

oder rechtliche Ausschliefsung der Vertheidigung gegeben, oder wenn in dem, was sich Sentenz nennt, gar nicht entschieden z. B. etwas Unmögliches, sich selbst Widersprechendes, oder ganz Unbestimmtes verfügt wurde. Mit meiner Ansicht stimmt im Ganzen die des Herrn *von Almendingen* in der angeführten, allerdings sehr lehrreichen und interessanten Abhandlung überein, wiewohl dieser Gelehrte selbst das Gegentheil glaubt.

1) Zwar hat *Kopp* Dec. Trib. Cass. T. I. dec. 118. aus den Reichstagsacten bewiesen, dafs auch in Ansehung des Inhaltes der Sentenzen manches von den Gesetzverfassern als unheilbar nichtig betrachtet wurde, vergl. auch *Jaup* de privilegiorum de non appellando S. R. I. statibus concessorum effectu quoad querelas nullitatis — — — et alia remedia. Gissae 1777. §. VI.), allein gesetzlich ist diese Ansicht nicht geworden. —

2) Vergl. *Gönner* a. a. O. §. XXV. u. folg. — Ueberhaupt ist noch über diese Lehre zu vergleichen *Schnaubert* Erörterung der Lehre von den heilbaren und unheilbaren Nullitäten. Giesen 1780. *Weifs* de causis et praescript. quer. nullitatis, Lips. 1801. Der Gesichtspunct des französischen Rechts über die Nullitäten ist von dem des deutschen Rechts ganz abweichend. Nach jenem ist Erhaltung der Einheit des Rechts, nach diesem Berücksichtigung der Interessen der Parthieen der Zweck der Gesetzgebung.

*) Dafs eine Sentenz gegen eine rechtskräftige Sentenz (deren Existenz nicht selbst Gegenstand des Streites ist) nichtig [II. 27. X. c. 20. VII. 50. Cod. c. 1.] und auch

§. 219.

Fortsetzung. Bey welchem Gerichte muſs die Nichtigkeitsquerel angestellt werden? Verfahren.

Die Nichtigkeitsquerel kann, als Beschwerdeführung über die Justizverwaltung des Richters, ohne Zweifel bey dem höheren Richter erhoben werden, welcher jedoch d u r c h sie eigentlich nur zur Cassation des nichtigen Verfahrens, oder des nichtigen Urtheils berechtigt wird. Da aber das Nichtige für den unteren Richter selbst keine verbindende Kraft hat und er daher auch selbst zur Aufhebung desselben befugt ist, so ist es auch rechtlich zulässig,

nach dem J. R. A. unheilbar nichtig seye, dürfte auch nach der obigen Darstellung behauptet werden können, indem für einen jeden Versuch, formelles Recht der Parthieen zu bestimmen, es unnachlässige Bedingung in einem jeden Staate, welcher sich nicht selbst widersprechen will, seyn muſs, daſs dieses formelle Recht nicht schon unabänderlich bestimmt seye. Ist dieses geschehen, so ist absolute Unmöglichkeit vorhanden, daſs je ein Richter für die Entscheidung dieser Sache wieder Competenz erhalten könne, und daher ist bey jeder Sententia contra rem judicatam ein insanabilis defectus in persona judicis unverkennbar. Daher auch keine Möglichkeit einer reformirenden Appellationssentenz gegen die, bey versäumten Nothfristen, rechtskräftig gewordene erste Sentenz. Daher die nothwendige Rücksicht des Appellationsrichters auf diese Rechtskraft der ersten Sentenz, wenn auch der Appellat aus ihr keine forideclinatorische Einrede ableitet (§. 211) Hr. *v o n Almendingen* scheint mich hier nicht richtig verstanden zu haben, wenn er mir Widerspruch vorwirft.

daſs die Parthie, wenn sie es für gut hält, sich mit ihrer Beschwerde an den unteren Richter selbst wende, bey welchem das nichtige Verfahren statt fand, oder welcher das nichtige Urtheil gefällt hat 1).

Das Verfahren hat übrigens nichts eigentümliches, nur kann hier am leichtesten sogleich auf die Rechtfertigung von dem höheren Richter durch Ordinationen geholfen werden.

§. 220.

IV. Rechtsmittel der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand.

Auch das Rechtsmittel der Wiedereinsezzung in den vorigen Stand kann, da es binnen 4 Jahren, von erlangter Wissenschaft der dasselbe begründenden Umständen an, gebraucht werden darf (§. 136.), als ausserordentliches Rechtsmittel vorkommen. Bey ihm wird, was der Richter bey der Prüfung desselben nie vergessen darf, vorausgesetzt, daſs das richterliche Erkenntniſs, der bisherigen Lage der Sache nach, nicht beschwerend sey, daſs man aber „durch neues Vorbringen, wovon man vorher keine Wissenschaft gehabt, oder solches doch zu der Sache dienlich zu seyn nicht vermeinet" dennoch darthun könne, daſs es dem wirklichen Rechte nicht angemessen sey. Daſs das neue

1) Dieses hat Herr *von Almendingen* in der angeführten Abhandlung sehr gründlich bewiesen. Nach dem Gesichtspuncte des französischen Rechts stellt sich auch in dieser Rücksicht die Sache ganz anders.

Vorbringen wirklich vorher, wenigstens nach der subjectiven Meinung, nicht habe vorgebracht werden können, muſs, in Ermangelung besserer Beweise, beschworen werden. Uebrigens wird auch hier, sobald das Rechtsmittel als ein ausserordentliches vorkömmt, mit der Rechtfertigung begonnen, und sodann, wie bey jedem nicht devolutiven Rechtsmittel, von dem Richter weiter verfahren (§. 210 *a.* 212 *a.*) 1).

1) V. A. 1533. §. 5. K. G. O. III. 52. G. B. v. 7. Jul. 1669. u. 7. Jul. 1671.

J. *Eisenhart* processus instantiae rest. i. i. Helmst. 1685. et cum not. *J. F. Eisenhart*. Hal. 1780.

K. *G. Riedesel Freyherr zu Eisenbach* Vorträge an den vollen Rath des K. K. Gerichts. Jena 1791. 8. n. 2. *Gönner* zu *Danz* n. XXX.

ZWEYTE ABTHEILUNG.

Von der Ordnung und der Art des Verfahrens in den ausserordentlichen oder summarischen Processarten 1).

Einleitung.

§. 221.

Bestimmung der Fälle, in welchen ein summarisches Verfahren Statt findet.

Nirgends bestimmen unsre gemeinen deutschen Gesetze genau, in welchen Fällen ein summarisches Verfahren eintreten solle oder könne. Soll, bey diesem Verhältnisse der Sache, nicht einem vagen richterlichen Ermessen alles überlassen werden, so ist es nothwendig, daſs die Theorie des Processes, mit Rücksicht auf die Natur der Sache, aus den einzelnen, in den Gesetzen aufgestellten Beyspielen allgemeine, erschöpfende Regeln ableite. Wirklich lassen sich die mehrsten gesetzlichen Fälle auf solche allgemeine Regeln zurückführen. Ich stelle als solche folgende auf:

1) Vergl. §. 77.

Erste Regel: In allen Fällen, wo, ohne eine schleunigere Verhandlung der Sache, der Entzweck des gerichtlichen Verfahrens, wenigstens nicht vollkommen, erreicht werden, oder doch diese Erreichung vielleicht verhindert werden könnte, muſs an die Stelle des ordentlichen Verfahrens ein summariches treten 1). Hierhin gehören nicht nur alle diejenigen Fälle, bey welchen, wie man sagt, Gefahr auf dem Verzug haftet, welches bey Sachen, wo über Alimente (auch Dienstlohn, Besoldungen) gestritten wird, bey Baustreitigkeiten, Handelssachen, Begräbniſssachen u. d. gl. der Fall seyn kann und immer der Rechtsgrund der provisorischen Verfügungen und eines anzulegenden Arrestes seyn muſs, sondern es liegt auch hierin der Grund, warum über alle präparatorische und Incidentgesuche, so wie über die in dem Concursprocesse vorkommenden Liquidations- und Prioritäts-Streitigkeiten ein summarisches Verfahren veranlaſst werden muſs, weil, mit der sonst nur zu leicht möglichen Verewigung der Processe, allerdings die Erreichung des Endzweckes des gerichtlichen Verfahrens verhindert werden würde. Aus diesem Grunde aber ist es klar, daſs nicht dasselbe von den Präju-

1) Im K. d. K. G. O. Th. III. Tit. 3. sind viele Beyspiele zu dieser Regel aufgezählt, ob man gleich doch unter den causis extraordinariis wohl schwerlich die summarias verstand.

dicialsachen behauptet werden könne, welche selbst Hauptsachen betrachtet seyn können 1).

§. 222.

Fortsetzung.

Zweyte Regel: In allen Fällen, wo die Erhaltung der Ruhe Abweichungen von dem gewöhnlichen Gange des Processes gebietet, oder wo das Wohl des Staates im Ganzen einen schleunigeren Gang des Verfahrens erfordert, sey es nun, damit es nicht unmittelbar, oder mittelbar durch lange Ungewißheit der Rechte in Ansehung der interessantesten Gegenstände des Privatwohls, leide, tritt an die Stelle des ordentlichen Verfahrens ein summarisches. Aus diesem Grunde müssen die Manutenenzverfügungen in Sachen, wo über den jüngsten Besitz gestritten wird, gerechtfertigt werden und nur hieraus läßt es sich erklären warum überhaupt bey Besizstreitigkeiten, in Handwerkssachen, in Contributions- und Zollsachen, bey Streitigkeiten, welche die geistlichen Beneficien und ihre Einkünfte, oder die Eingehung, Erhaltung und Aufhebung der Ehen betreffen 2) u. d. gl. ein summarisches Verfahren Statt finden kann.

1) Man sehe hierüber *Gönner* a. a. O. n. VII.

2) II. 1. Clem. 2.

§. 223.

Fortsetzung.

Dritte Regel: **In allen Fällen, wo der Grund, aus welchem die Gesetze das ordentliche Verfahren bey Rechtsstreitigkeiten eingeführt haben, wegfällt, oder doch die höchste Wahrscheinlichkeit für die Abwesenheit desselben vorhanden ist, kann ein ausserordentliches Verfahren jedoch in dem letzteren Falle nur** *bedingt*, **Statt finden.** Aus dieser Regel fliefst die Rechtfertigung des Mandatsprocesses.

§. 224.

Fortsetzung.

Die Particulargesetzgebungen sind vorzüglich in der Anwendung der zweyten Regel sehr verschieden. In einigen findet man den politischen Anrathungsgrund zur Einführung des summarischen Verfahrens in einer solchen Ausdehnung angewendet, dafs das summarische Verfahren als das regelmäfsige Verfahren bey den Gerichten erster Instanz auf dem platten Lande vorgeschrieben ist. Nur solche Particulargesetzgebungen können auch als Quelle angegeben werden, wenn man unbedingt behauptet, dafs der Consistorial- der Lehn- der Kriegsprocefs ein summarischer Procefs sey 1).

1) Ueber den summarischen Procefs überhaupt s. *Mehlen* Anleit. zum summar. gerichtl. Procefs 1804. *Süptitz* Lehrb. des summar. Proc. 1807.

§. 225.

In wie ferne kann die Willkühr der Parthieen auf die Bestimmung der Frage: ob ein summarisches Verfahren eintreten solle, Einflufs haben?

Nicht unwichtig wird hier die Frage: ob, da die Gesetze der Willkühr der Parthieen bey Bestimmung des förmlichen Gangs des Verfahrens überhaupt einen grofsen Spielraum lassen (§. 76.), diese Willkühr nicht auch auf die Beantwortung der Frage: ob ein summarisches Verfahren Statt finden solle, Einflufs habe? Diese Frage mufs nun zwar allerdings bejaht werden, in so ferne in ihr die Rede davon ist, ob von den Parthieen ein summarisches Verfahren anstatt des ordentlichen beliebt werden könne? im umgekehrten Falle aber kann eine unbedingte Bejahung nicht Statt finden. Sobald nämlich, blofs aus Rücksicht auf die Natur des Gegenstandes der Verhandlung, die Gesetze das summarische Verfahren bestimmt haben, so ist dasselbe kein Gegenstand der Verfügung der Parthieen. Wodagegen die Einführung der summarischen Verhandlung als eine, sey es aus Gründen der Billigkeit, oder der Politik, verstattete Begünstigung einer, oder beyder Parthieen betrachtet werden mufs, da kann im ersteren Falle durch die Einwilligung des Begünstigten 1), im letzteren durch beyder Parthieen Einwilligung auf das summarische Verfahren verzichtet werden. Stillschweigende Einwilligung, welche von dem Kläger durch

1) Ein Beyspiel giebt der Executivprocefs.

Häufung von Klagen, deren eine im ordentlichen, die andere im summarischen Procefs verhandelt werden könnte, von dem Beklagten durch unbedingte Einlassung an den Tag gelegt werden kann, ist der ausdrücklichen gleich 1).

§. 226.

Besondere summarische Verfahrensarten.

Das summarische Verfahren ist übrigens keineswegs ein regelloses. Es lassen sich nicht nur im Allgemeinen Regeln aufstellen, nach welchen der Richter in Fällen, welche zu dem summarischen Processe geeigenschaftet sind, verfahren, und welche er, so lange nicht aus der besondern Natur des gegebenen Falls eine besondere Abweichung gerechtfertigt wird, beobachten mufs, sondern es lassen sich auch die Fälle, in welchen eine solche besondere Abweichung von dem in der Regel abzuschlagenden Gange rechtlich werden kann, nach bestimmten Grundsätzen behandeln. Will man, wie gewöhnlich zu geschehen pflegt, diejenigen summarischen Verfahrensarten, bey welchen die besonderen Abweichungen von dem gewöhnlichen Gange des Verfahrens sich aus den besonderen Eigenheiten der zu behandelnden Gegenstände ableiten zu lassen, die bestimmten summarischen Processe, diejenige Verfahrensart dagegen, bey welchen blofs die allgemeinen Regeln des summarischen Processes

1) Ueberh. vergl. *Gönner* a. a. O. n. VIII.

zu berücksichtigen sind und welche mithin alsdann eintritt, wenn man nichts aus der Natur des zu behandelnden Falls ableiten kann, als: daſs summarisch zu verfahren sey, den unbestimmten summarischen Proceſs nennen, so ist dagegen nichts einzuwenden, allein durchaus verwerflich ist es, wenn man, mit Vermischung verschiedenartiger Eintheilungsgründe, in einer Theorie der summarischen Processe auch solche als bestimmte summarische Processe behandeln wollte, bey welchen doch durchaus, allenfalls einen von den Rechtslehrern gegebnen Namen ausgenommen, nichts Eigenthümliches zu bemerken ist 1).

1) So ist es ganz recht, wenn die Lehrer des Processes unter der Rubrik: bestimmte summarische Processe die Kennzeichen der Fälle angeben, in welchen sogleich Mandate gegeben werden können, in welchen ein executivisches Verfahren Statt findet, in welchen zu Arrestverfügungen geschritten werden kann etc.; allein wenn sie nun unter derselben Rubrik auch von einem Consistorialprocesse, possessorischen Processe etc reden und denn doch nichts weiter sagen können, als: es würde hierbey in der Regel, wie bey dem unbestimmten summarischen Processe verfahren, so darf man sie wohl einer Versündigung gegen die Logik beschuldigen.

ERSTES KAPITEL.

Von der summarischen Verfahrungsart im Allgemeinen.

§. 227.

Allgemeine Regeln für das summarische Verfahren.

Die Regel, welche man hier gewöhnlich für den Richter aufzustellen pflegt: dafs er zwar an alle wesentlichen Stücke einer processualischen Verhandlung gebunden sey, die Formalitäten derselben aber eine Abänderung, nach seinem Ermessen, leiden könnten, enthält allerdings Wahrheit, allein, wenn sie nicht genauer bestimmt wird, so ist sie sehr leicht äusserst nachtheiligen Mifsbräuchen ausgesetzt. Der erste Theil derselben ist, ohne allen Zweifel, vollkommen gegründet und nicht nur in Ansehung der unbedingt wesentlichen, sondern auch in Ansehung der bedingt wesentlichen Stücke war, sobald nur die Bedingung, durch welche die letzteren wesentlich werden, eintritt. In Ansehung des letzteren Theils der obigen Regel aber, sind nothwendig folgende nähere Bestimmungen zu bemerken: 1) dafs diejenigen Grundsätze, welche, wenn sie auch an sich nicht wesentlich wären, doch unsre Gesetze, bey allen ihren processualischen Verfügungen, unverrükt vor Augen gehabt haben, auch bey dem summarischen Verfahren von dem Richter nicht hintangesetzt werden dürfen, weil sie als von dem Gesetzgeber für wesentlich anerkannt betrachtet werden

müssen 1); 2.) daſs auch auſserdem der ordentliche Proceſs, selbst in Ansehung der blossen Formalitäten, immer Vorbild des Richters bey dem summarischen Verfahren bleiben müsse. Es folgt hieraus nicht nur, daſs die Formalitäten des ordentlichen Processes dann, wenn wirklich durch sie auf die einfachste und beste Weise ein bestimmter nothwendiger Zweck des Verfahrens erreicht wird, auch in dem summarischen Verfahren beobachtet werden müssen, sondern überhaupt, daſs der Richter nur dann von irgend einer Formalität des ordentlichen Processes abweichen dürfe, wenn er sich mit Gewiſsheit sagen kann, daſs hierdurch, ohne irgend einen Nachtheil für den Zweck der Verhandlungen 2), eine schnellere Beendigung derselben erreicht werde.

§. 228.

Besondere Regeln a) *in Ansehung der Verhandlungen vor dem Beweisverfahren.*

Wendet man die angegebenen allgemeinen Regeln auf die einzelnen Theile des Verfahrens nach ihrer Folge an, so wirft sich zuerst die Frage auf: ob und in wie ferne Verhandlungen der Parthieen [welche hier den Namen Implorant (auch Impetrant) und Im-

1) Z. B. dienen die Regeln: des Richters positive Thätigkeit ist nur bedingt, — der Ungehorsame bey den Verhandlungen wird nicht durch positiven Zwang zu denselben angehalten u. s. w.

2) V. 11. Clem. c. 2. „non sic tamen judex litem abbreviet, quin probationes necessariae et defensiones legitimae admittantur.

plorat (Impetrat) führen] vor dem Beweisverfahren im summarischen Processe zugelassen werden müssen?

Betrachtet man den Grund, aus welchem die Gesetze eine Antwort des Beklagten auf die erhobene Klage verlangen (§. 83), so ist, da durch die Einlassung unstreitig auf die beste und schnellste Art dasjenige, was einer genaueren Beweisführung bedarf, bestimmt wird, da ferner die Gesetze nicht nur überhaupt die Befugniſs des Beklagten, sich durch Einreden gegen Angriffe zu schützen, bey allen ihren processualischen Verfügungen anerkennen, sondern auch ausdrücklich gebieten, daſs diese Befugniſs bey dem sumarischen Processe nicht verletzt werden solle (§. 229. not. 1.), es keinem Zweifel unterworfen, daſs der Richter auch in dem summarischen Verfahren in der Regel 1) eine Antwort des Beklagten verlan-

1) Ich sage: in der Regel verlangen müsse; denn es gibt allerdings Fälle, wo es genügt, wenn der Richter nur das Wesentliche berücksichtigt und eine Antwort dessen, von welchem etwas verlangt wird, nicht abschneidet. Dieses ist der Fall, wenn die Gründe zu dem rechtlichen Gesuche einer Parthie sogleich, wenigstens gröſstentheils, erwiesen sind, mithin noch besondere Gründe zu einem von der Regel abweichenden Verfahren dargereicht werden. Alsdann kann der Richter wohl gleich dem Gesuche gemäſs erkennen, allein immer bleibt es doch der Gegenparthie unbenommen, statt der Gelebung sich auf das Gesuch einzulassen und der Natur der Sache nach zulässige Einreden vorzuschützen, worauf alsdann, nach den Umständen, weiterer Beweis und

gen 1), und daſs hierbey die Bestimmung der Gesetze in Ansehung des peremtorichen Termins für die Einbringung der Einreden, als zur Beschleunigung der Sache gereichend, eben so gut, wie bey dem ordentlichen Verfahren, ihre Anwendung finden müsse. Hingegen kann der Richter, wenn nicht in der Antwort des Beklagten vorgebrachte neue Angriffe gegen den Kläger eine Einlassung des letzteren auf dieselbe erfordern, allerdings mit dieser Antwort

Wegräumung der Einreden das zu gebende Erkenntniſs bedingt (siehe unten die Lehre von den bedingten Mandaten). Dieses ist vorzüglich häufig die bey präparatorischen und Incidentgesuchen übliche Verfahrensart, dieſes die einzige Eigenthümlichkeit des Verfahrens bey der provocatio ex lege Diffamari und Si contendat, wodurch es aber nicht gerechtfertigt wird, daſs man den sogenannten Provocationsproceſs als einen solchen zu behandeln sucht, der von dem Processe bey präparatorischen Gesuchen überhaupt verschieden wäre. Das einzige, was man allenfalls Eigenthümliches von dem sogenannten Provocationsprocesse sagen kann, ist: daſs das Gesuch sogleich bescheiniget werden soll (J. R. A. §. 83.) eine Verordnung, welche sich mit groſsem Nutzen analogisch auf alle präparatorische und Incidentgesuche anwenden lieſse.

1) Daſs im sogenannten possessorischen Processe keine Einreden vorgebracht werden sollen, welche das Recht selbst, nicht den Besitz, betreffen, wenn sie nicht sogleich liquid sind, ist von dem Gesagten keine Ausnahme. Der possessorische Proceſs ist, wie man aus der Erlaubniſs der Cumulation des petitorii und possessorii sieht, zu Gunsten dessen, der ein possessorisches Rechtsmittel ergreift, eingeführt. Da nun Fragen,

alle Verhandlungen vor dem Beweisverfahren 1) um so mehr schliefsen, als selbst in dem ordentlichen Processe die absolute Nothwendigkeit der Reblik und Dublick nur als eine gar nicht unbedingt nützliche Formalität erscheint (§. 174. 177. 180.). Welche Verhandlungen es aber auch seyen, die der Richter, den Umständen nach zulassen mufs, so bleibt immer so viel gewifs, dafs sie, dem Inhalte nach, von denjenigen, welche im ordentlichen Processe vorkommen, nicht verschieden seyn dürfen und dafs der Richter mithin sie, nach den oben gegebenen Grundsätzen, prüfen müsse, eine Behauptung, welche um so weniger einem Zweifel unterworfen seyn kann, als selbst dasjenige, was hierüber im ordentlichen Processe gesagt werden mufste, nur Resultat aus der Natur der Sache war, und z. B. die Behauptung: dafs es im summarischen Processe keiner bestimmten Einlassung bedürfe, nicht leicht eine andere Folge erzeugen

welche das Recht selbst betreffen, in dem ordentlichen Processe verhandelt werden müssen, so braucht sich der Kläger allerdings die Begünstigung eines summarischen Verfahrens nicht entziehen zu lassen, sondern kann verlangen, dafs die Einreden, welche zum petitorium gehören, auch zu diesem verwiesen werden. Aber er kann sich auch das Gegentheil gefallen lassen, in welchem Falle aber die Begünstigung des summarischen Verfahrens wegfällt. Vielleicht liegt hierin mit ein Grund, warum man so häufig sieht, dafs der possessorische Procefs nicht schneller, als der ordentliche, betrieben wird.

1) Wenn anders ein solches, der Natur der Sache nach, nothwendig ist.

könnte, als die, daſs der summarische Proceſs verwickelter und weitläufiger, als der ordentliche, werden müſste. Darum kann denn die gewöhnliche Regel: daſs es im summarischen Verfahren keiner förmlichen Klage und keiner förmlichen Einlassung bedürfe, — eine Regel, welche selbst die Gesetze anzuerkennen scheinen 1) — nur dahin verstanden werden, daſs der Richter an die Stelle des gewöhnlichen schriftlichen Verfahrens ein mündliches einführen könne, wobey ihm denn allerdings die Befugniſs, durch zweckmäſsige, an den Kläger, oder den Beklagten gerichtete Fragen, eine bestimmte Klage und Einlassung aus dem, oft unförmlichen Vortrage der Parthieen herauszumitteln, zusteht. Uebrigens kann der Richter vorzüglich durch Abkürzung der Termine (welche er am besten gleich als peremtorische ansetzt), dem Zwecke eines summarischen Verfahrens entsprechen. Gegen Versäumende und Ungehorsame kann aber hier nach keinen andern Regeln, als denjenigen, welche auch in dem ordentlichen Processe entscheidend sind, verfahren werden.

§. 229.

b) *In Ansehung des Beweisverfahrens.*

Was das Beweisverfahren betrifft, so stellt man gewöhnlich die Regel auf: daſs bey dem summarischen Verfahren an die Stelle des feierlichen Beweises ein

1) V. 11. Clem. c. 2.

blofse Bescheinigung (demonstratio, probatio minus solemnis) eintreten könne. Versteht man, wie häufig, unter Bescheinigung einen nicht vollständigen Beweis, so ist die Regel falsch und gänzlich verwerflich; soll hingegen dadurch ein Beweis angedeutet werden, welcher ohne alle, oder doch nicht mit allen den Formalitäten, welche die Gesetze bestimmt haben, zu Stande kömmt, so ist zwar allerdings Wahrheit in der angeführten Regel enthalten, allein sie ist denn doch zu unbestimmt, als dafs, mit Hülfe ihrer, der Richter sich zu bestimmen im Stande wäre, über welche Formalitäten er sich bey dem summarischen Verfahren hinwegsetzen dürfe und über welche nicht. Statt dieser Regel zu folgen, wird man daher besser die im §. 229. angegebenen Grundsätze anwenden. Aus dieser Anwendung ergeben sich folgende Bestimmungen: 1. Was die Gesetze als Bedingungen juridischer Wahrheit festsetzen und was sie über die Grade der Beweiskraft jedes Beweismittels bestimmen, gilt so gut für das smmarische, als für das ordentliche Verfahren. 2.) Dafs, den Beweis durch Augenschein und Kunstverständige ausgenommen, der Richter nicht ohne Aufforderung thätig seyn könne, ist ein Grundsatz, welcher von unsrer positiven Gesetzgebung in Hinsicht eines jeden processualischen Verfahrens beachtet wird. Er gilt mithin auch für das summarische Verfahren. 3). Die Einreden gegen die Zulässigkeit der Beweismittel und gegen die Stärke der Beweiskraft derselben gehören zu den gerechten Vertheidigungsmitteln

des Producten, welche die Gesetze auch bey dem summarischen Verfahren nicht beschränken (vergl. §. 229. n. 1.). Eben darum muſs, durch Ansetzung eines besonderen Termins zur Beweisausführung, wozu auch der Product (bald monitorisch, bald arctatorisch [§. 192.]) geladen werden muſs, das Productionsverfahren, auch im summarischen Processe, von der Vollführung des Beweises getrennt werden; darum muſs auch hier, aber nur, wenn zum Beweise der minderen Beweiskraft eines bestimmten Beweismittels Ausführungen nothwendig werden, in dem Hauptverfahren eine Impugnations- und Salvationsschrift zugelassen werden. 4. Daſs der Beweistermin als eine richterliche Nothfrist zu betrachten sey, ist, wo dieser Satz der Gesetzgebung überhaupt bekannt ist, auch bey dem summarischen Verfahren entscheidend, denn offenbar wird hierdurch, auf die einfachste Art, die Sache beschleunigt. 5. Die Nothwendigkeit eines Zeugenrotulus endlich ist, um Verwirrungen vorzubeugen, bey dem summarischen Verfahren nicht minder, wie bey dem ordentlichen, vorhanden. Die Beweisführung muſs auch in jenem, wie in diesem, der Natur der gewählten Beweismittel gemäſs geschehen und das Contumacial-Verfahren kann ebenfalls nur, nach den oben angegebenen Grundsätzen, eingerichtet werden 1).

Das, wodurch sich also das summarische

1) Ueberh. vergl. *Gönner* a. a. O. n. XLI.

Verfahren vorzüglich von dem ordentlichen unterscheidet, besteht mithin, auch in diesem Theile des Processes, darin, dafs der Richter kürzere Termine, sogleich mit peremtorischer Kraft, anzusetzen und durch ein mündliches Verfahren das Productions- und Hauptverfahren abzukürzen befugt ist. Auch ist nicht zu bezweifeln, dafs der Beweisführer hier keine Artikel zu übergeben brauche, und dafs alsdann die Nothwendigkeit der Fragstücke von selbst hinwegfalle.

§. 230.

c) *In Ansehung des Verfahrens nach geführtem Beweise.*

Dafs die Urtheile bey dem summarischen Verfahren, ihrem Inhalte und Form nach, eben so, wie in dem ordentlichen Processe, abgefafst werden müssen, bedarf keines Beweises. Was hingegen die Eröffnung des Urtheils betrifft, so wird hier häufig von der Formalität des ordentlichen Processes, der Ansetzung eines Termines zur Publication nämlich, abgewichen und das Urtheil blofs schriftlich den Parthieen, in vim publicati, zugestellt, in welchem Falle denn freilich das Datum angehängt werden mufs, die Nothfrist der Einwendung eines Rechtsmittels nicht von Minute zu Minute berechnet werden kann, und eine Insinuations-Bescheinigung zu den Acten erfordert wird. Da indessen durch diese Publicationsart nichts gewonnen wird, im Gegentheile dadurch zu unnützen Streitigkeiten

über den Ablauf der Nothfrist Gelegenheit gegeben werden kann, so scheint die andere Art auch in dem summarischen Verfahren den Vorzug zu verdienen.

Auch bey der Vollstreckung des Urtheils ist hier nichts besonderes zu bemerken, da hierbey, selbst in dem ordentlichen Processe, summarisch verfahren wird (§. 207. 135.).

Da endlich das Verfahren in zweyter Instanz im Ganzen nach denselben Regeln, wie das in der ersten Instanz, eingerichtet wird und die gesetzlichen Nothfristen bey dem Gebrauche der Rechtsmittel, als zur Beschleunigung des Processes beytragend, auch im summarischen Verfahren ihre Anwendung finden müssen, so bedarf es auch in Ansehung dieses Punktes keiner weiteren Regeln.

Zweytes Kapitel.

Besondere summarische Verfahrungsarten.

A) Von dem Verfahren, in Fällen, in welchen sogleich auf das Anbringen des Imploranten eine demselben gemäſse endliche Verfügung, bedingt oder unbedingt, erlassen werden darf, oder dem Mandatsproceſs.

§. 231.

Begriff der Mandate und Eintheilungen derselben nach der Verschiedenheit ihres Inhaltes.

Eine jede verurtheilende Verfügung des Richters muſs nothwendig dem, gegen welchen sie gerichtet ist, entweder eine bestimmte Handlung untersagen, oder anbefehlen, oder eine schon unternommene Handlung aufheben und in ihren Wirkungen vernichten. Ob nun gleich jede solche Verfügung, in verschiedener Rücksicht, sowohl den Namen eines Urtheils, als den eines richterlichen Befehls verdient, so pflegt man doch unter dem Namen der Befehle, oder Mandate nur solche Sachverfügungen zu verstehen, welche auf den Antrag des Bittenden sogleich, ohne nur den Gegentheil zu hören, gegen diesen erlassen werden, und diese Bedeutung ist es, in welcher auch hier die genannten Worte genommen werden.

Da dergleichen Befehle immer richterliche Sachverfügungen bleiben, so ist es klar, daſs sie, ihrem Inhalte nach, gleichfalls bald verbietende (mandata inhibitoria) bald gebietende (mandata praeceptiva), bald aufhe-

bende (mandata revocatoria s. cassatoria) seyn können. Es fragt sich, in welchen Fällen dergleichen Befehle rechtlich erlassen werden können.

§. 232.

Rechtfertigungsgründe der Mandate. Mandate mit und ohne Klausel.

Es ist, nach dem Bisherigen, von unsern Gesetzen anerkannte Grundregel, sowohl des ordentlichen als auch des summarischen Verfahrens, dafs kein Rechtsstreit von dem Richter entschieden werden solle, so lange noch nicht, durch zweckgemäfse Verhandlungen der Parthieen, die Prüfung desselben hinlänglich vorbereitet worden sey. Unter diesen Verhandlungen nimmt die Vernehmlassung des Beklagten die erste Stelle ein, weil theils durch sie das, was unter den Parthieen eigentlich streitig ist, vorzüglich bestimmt werden kann, theils der Beklagte hierbey die Gelegenheit erhält, sich, durch die ihm zustehenden rechtlichen Einreden, gegen die Forderung des Klägers zu schützen. Sollte daher diese Vernehmlassung in einem bestimmten Falle nicht verlangt zu werden brauchen, so müfsten die beyden Gründe ihrer Nothwendigkeit wegfallen. Alsdann würde, weil mit diesen Gründen zugleich die Nothwendigkeit aller übrigen processualischen Verhandlungen wegfällt, dem Richter nichts im Wege stehen, um sogleich durch einen Befehl die Sache zu endigen. Es wird sich hierauf folgende für die

Frage nach der Rechtlichkeit zu erlassender Mandate entscheidende Regel bauen lassen: So oft der Impetrant 1), durch bescheinigte Facta, eine Forderung rechtlich begründet, gegen welche durch keine denkbaren Einreden, der Impetrat sich zu schützen im Stande ist, darf der Richter sogleich auf die Imploration ein Mandat gegen den Impetraten ergehen lassen 2). Sobald hingegen durch die Natur der von dem Impetranten begründeten Forderung nicht die Möglichkeit dagegen vorzubringender Einreden aufgehoben wird, so darf dem Gegentheile die Gelegenheit, dergleichen Einreden vorzubringen, nicht benommen werden, und es würde mithin der gewöhnliche Procefsgang eintreten müssen. Da indessen durch bedingt erlassene Mandate diese Befugnifs der Parthieen, sich aller rechtlichen Ausflüchte bedienen zu können, gleichfalls nicht verletzt wird, so kann die rechtliche Möglichkeit solcher Mandate nicht bezweifelt werden 3). Man würde sie ohne Anstand überall gebrauchen können, wenn nicht der Umstand, dafs ihre Erlassung doch nicht mit dem, als Regel aufgestellten Procefsgange übereinstimmt, nöthigte, sie als Ausnahme zu betrachten. Darum mufs man annehmen, dafs der Richter nur alsdann ein bedingtes Mandat

1) So wird im Mandatsprocesse der Kläger genannt.

2) *Tafinger* institut. jurispr. cameral. §. 535.

3) C. G. O. 1555. P. 2. tit. 22. pr. C. C. G. O. P. 2, tit. 25.

sogleich auf die Imploration erlassen dürfe, wenn entweder schon die in der Klage vorgetragenen Thatsachen bescheinigt worden sind, oder wenn es wenigstens wahrscheinlich ist, dafs keine rechtlichen Ausflüchte dem Impetraten zur Seite stehen werden.

Da die Bedingung in dergleichen Mandaten durch die Endworte ausgedruckt wird, so nennt man sie mandata cum clausula, und im Gegensatze die unbedingten mandata sine clausula.

§. 233.

Processualisches Verfahren bey den unbedingten Mandaten.

Wer ein unclausulirtes Mandat zu erwirken suchen will, mufs natürlicher Weise nachzeigen, dafs die gesetzlichen Bedingungen für seine Erlassung vorhanden seyen. Die Gesetze erfordern in dieser Hinsicht, 1. dafs der Impetrant das Factum, worauf er seine Bitte gründet, wenn auch nicht vollständig beweise, doch wenigstens in so weit bewahrheite, dafs der Richter sicher seyn könne, nicht durch ein Gewebe von Lügen hintergangen zu werden 1), 2. dafs er es über allen Zweifel erhebe, dafs bey diefen Umständen keine rechtliche Einrede den Impetraten gegen die Forderung des Impetranten zu schützen im Stande sey 2).

1) J. R. A. §. 79.

2) K. G. O. 1555 P. 2. tit. 23. C. K. G. O. P. 2. tit. 25. pr. Es werden zwar hier vier Hauptfälle nahmhaft gemacht, in welchen Mandata ohne Justifi-

Findet der Richter, nach genauer Prüfung der Imploration, nicht nur seine Gerichtsbarkeit in der vorliegenden Sache gegründet, sondern auch diese selbst zu einem unbedingten Mandate geeigenschaftet, so wird ein solches nun, ohne weiteres Bedenken, erlassen, und darin, mit gröſster Kürze und Bündigkeit, in Form eines Befehles, dem Impetraten dasjenige angekündigt, was, um der Forderung des Impetranten Genüge zu leisten, geschehen soll. In der Regel wird zugleich, auf den Fall der Nichtbeobachtung binnen der bestimmten Zeit, eine den Umständen angemessene Geld- oder andere Strafe angedroht.

Weil jedoch dem Impetraten das Recht, Gegenbeweis zu führen, nicht benommen wer-

catori-Clausel sollen erlassen werden können (facta nullo jure justificabilia, damnum irreparabile, damnum rei publicae, periculum in mora), es ist indessen in die Augen leuchtend, daſs nur der erste dieser Fälle die Regel für Mandate, welche als endliche Verfügungen erscheinen sollen, ausdrücke. Die drey übrigen Fälle können, wenn sie nicht mit dem ersten verbunden sind, ihrer Natur nach, nur provisorische und interimistische Befehle veranlassen und sind mithin Beyspiele zu der, die provisoria und interimistica überhaupt rechtfertigenden Rechtsregel, welche da, wo man nicht, wie es in dem Reichsgerichtsprocess der Fall war, durch gesetzliche Verfügungen zu einer andern Darstellung genöthigt ist, abgesondert vorgetragen werden muſs, weil die provisoria und interimistica keineswegs nothwendig in der Form von Mandaten erscheinen müssen.

den darf und überdem die Gesetze nicht einmal ganz vollständigen Beweis von Seiten des Impetranten erfordern, so kann auch selbst das unbedingte Mandat, wenn Nichtigkeit des Verfahrens entfernt bleiben soll (§. 79.), nicht so unbedingt seyn, dafs dadurch alle Möglichkeit, durch Verhandlungen eine Abänderung desselben zu erlangen, abgeschnitten würde. Darum wird dem Impetraten in dem Mandate jedesmal ein peremtorischer Termin zur Erscheinung in dem Gerichte angesetzt, mit der Auflage, in demselben entweder die geschehene Befolgung des Mandats zu bescheinigen, oder rechtliche Gründe, warum dasselbe nicht zu vollstrecken sey, vorzubringen 1). Hierdurch allein wird der Weg, Nichtigkeit des Verfahrens zu entfernen und das, bis itzt noch zu keiner Rechtskraft reife 2), Mandat in eine der Rechtskraft fähige Sentenz, wenigstens in eine Contumacialsentenz, zu verwandeln, vorgezeichnet 3).

1) Dieses letztere würde sich aber auch von selbst verstehen, wenn es auch in dem Mandate nicht ausdrücklich gesagt worden wäre.

2) VII. Cod. 57.

3) Ich habe diefs in einer kleinen Abhandlung näher gezeigt, welche im zweyten Stücke des *Martinschen* Magazins erschienen ist.

§. 234 a.

Fortsetzung. Verfahren nach erlassenem Mandate.

Erscheint der Impetrat in dem Paritions-Termine und zeigt die Befolgung des Mandats an, so ist die ganze Sache zu Ende, es müfste denn behauptet werden, dafs die Befolgung dem Mandate in seinem ganzen Umfange nicht genüge, in welchem Falle der Richter hierüber sogleich entscheiden und entweder die Befolgung für hinreichend erklären, oder bessere Befolgung auflegen mufs.

Erscheint der Impetrat nicht, so kann, da eine Fristerstreckung der Regel nach nicht verstattet werden soll 1), auf des Impetranten Anrufen, der Impetrat seiner möglichen Vertheidigungsmittel in contumaciam für verlustig gehalten und daher, nach gemeinem Rechte, nun die Befolgung, unter Androhung der Execution, auferlegt, sodann aber zur wirklichen Vollstreckung geschritten werden (§. 135.). Erscheint endlich der Impetrat in dem bestimmten Termine, um zulässige Gründe für seine Nichtbefolgung des Mandats vorzubringen, so entsteht nun ein Verfahren, welches nothwendig ganze oder theilweise Aufhebung des Mandates, oder Verwandlung desselben in eine wahre Sentenz zur Folge haben mufs.

§. 234 b.

Fortsetzung. Nähere Betrachtung des Vorbringens des Impetraten im Paritionstermine und weiteres Verfahren.

Da nämlich niemand Befehle dessen, der

1) J. R. A. §. 76.

ihm nichts zu befehlen hat, zu achten braucht, so müssen als Gründe, durch welche der Impetrat sich wegen der Nichtbefolgung des Mandats zu rechtfertigen sucht, vor allen Dingen solche betrachtet werden, welche in den Gerichtsstand ablehnenden Einreden bestehen. In Ansehung der Rechtlichkeit des erlassenen Mandats selbst müssen zwar 1. alle Gründe, durch welche der Impetrat sich, auch unter Voraussetzung der Wahrheit der Erzählung des Impetranten, gegen dessen Forderung zu schützen im Stande ist, als hinlängliche Rechtfertigungsgründe der Nichtbefolgung angesehen werden, allein da in Fällen, wo Einreden gegen die Forderungen möglicher Weise schützen können, eigentlich keine unbedingten Mandate erlassen werden sollen, so würden solche Gründe nicht, ohne dafs ein Fehler von Seiten des Gerichts begangen worden wäre 1), und also nur in der Form einer Einrede der unrecht gewählten Procefsart, vorgebracht werden können, in welchem Falle denn das unbedingte Mandat als bedingtes zu behandeln seyn würde. Es bleiben daher gegen die Rechtlichkeit des erlassenen Mandats eigentlich 2. nur solche Gründe vorzubringen übrig, durch welche das Vorbringen des Impetranten als in wesentlichen Punkten unrichtig (exceptio subreptionis), oder als in wesentlichen Punkten mangelhaft (exceptio obreptionis) dargestellt wird.

1) Sie werden daher auch in der Form der exceptio haud rite formati processus vorgetragen.

Welche Gründe nun aber auch dem Impetraten zur Seite stehen können, so soll der Richter auf dieselben nur alsdann achten, wenn sie der Impetrat, gleich bey seinem ersten Erscheinen in dem angesetzten Termine, vorgebracht hat, es müſste denn seyn, daſs er sie damals noch nicht habe vorbringen können 1). — Die vorgetragenen Gründe selbst 2) muſs der Richter genau prüfen. Findet er sie offenbar ungegründet, so wird nun, mit der Verwerfung derselben, die Befolgung des Mandats schärfer anbefohlen. Findet er sich durch dieselben von seiner Incompetenz überzeugt, so wird das Mandat sogleich aufgehoben (eingezogen). Findet er durch die von dem Impetraten vorgeschützten wahren Einreden sich von einem begangenen Irrthume des Ge-

1) J. R. A. §. 78. Daſs indessen auch die Forideclinatorien im unbedingten Mandatsprocesse von der hauptsächlichen Handlung nicht befreyten, läſst sich, allem Anscheine des Gegentheils ungeachtet, nicht behaupten. Vergl. Pütter de exceptionibus fori declinatoriis in processu Mandati S. C. speciatim an rejectis iis adhuc locum habeant exceptiones sub- et obreptionis? — in Op. rem jud. imp. illustr. n. III.

2) Diese werden, wie alle Einreden, vorgetragen. Der Vortrag der Exceptionum sub- et obreptionis kann in der Regel mit der Einlassung am besten verglichen werden. Wenn dem Impetraten wahre Einreden zustehen, so ist es sehr rathsam, mit dem Vortrage derselban eine bestimmte Einlassung zu verbinden, damit der Fortgang der Sache nicht gehemmt werde.

richts überzeugt, so mufs nun die Sache in den, ihrer Natur angemessenen, regelmäfsigen Procefsgang eingeleitet werden. Wird ihm aber endlich, durch die von dem Impetraten vorgeschützten Gründe, die Rechtlichkeit seiner erlassenen Verfügung nur zweifelhaft (welches bey der vorgeschützten exceptio sub- et obreptionis der gewöhnliche Fall ist), so mufs er nun vor allen Dingen eine Replik des Impetraten verlangen 1), worauf alsdann in der Regel 2) entweder ein den Beweis, nach allgemeinen Grundsätzen 3), regulirendes Interlocut erfolgen, oder, wenn es möglich ist, sogleich endlich, entweder das Mandat bestätigend, oder ganz oder zum Theile abändernd, gesprochen werden mufs.

§. 235.

Verfahrensart bey bedingten Mandaten.

Durch die bedingten Mandate soll (nach §. 232.) nur, auf einen möglichen, aber doch nicht gewissen Fall, die Verfahrensart, welche, der Natur der bestimmten Streitsache nach, in

1) J. R. A. §. 77.

2) Denn eine venia duplicandi soll nur, wenn die Replik nova enthielte, verstattet werden. J. R. A. §. 78.

3) J. R. A. §. 80.

*) Eine Wiederklage kann bey dieser Procefsart wohl die Wirkung der Jurisdictionsbegründung haben, aber sie kann, wenn das Mandat nicht aufgehoben wird, nicht anders, als abgesondert, verhandelt werden.

der Regel hätte eintreten müssen, ausgeschlossen und, durch die richterliche Verfügung, die Forderung des Impetranten auf das geschwindeste realisirt werden. Hierdurch bestimmt sich das ganze, in diesen Fällen Statt findende Verfahren. So lange nämlich nicht von dem Impetraten, durch unverwerfliche Einreden, gezeigt werden kann, daſs die Voraussetzung des Richters ungegründet sey, muſs das bedingte Mandat als unbedingtes betrachtet und diesem gemäſs verfahren werden 1); wenn das Gegentheil der Fall ist, so tritt an die Stelle des Mandatsprocesses diejenige Verfahrensart, welche, der Natur der Sache nach, als die regelmäſsige betrachtet werden muſs 2).

1) Dieses würde ich daher auch alsdann annehmen, wenn der Impetrat keine andere, als die, auch gegen unbedingte Mandate Statt findenden exceptiones sub- et obreptionis vorschützen könnte, wiewohl die Gesetze von diesem Falle nicht ausdrücklich reden.

2) Mehrere behaupten das Gegentheil, vergl. *Danz* summ. Processe §. 27. u. die das. angef., allein die von den Gesetzen für diesen Fall vorgeschriebenen Verhandlungen beweisen klar das Gesagte, denn auch in dem ordentlichen Verfahren werden die ersten Verhandlungen in der Regel mit der Duplik geschlossen, und daſs übrigens, wie in der Regel, verfahren werden solle, ist sogar den ausdrücklichen Worten des Gesetzes gemäſs, vergl. J. R. A. §. 82.

§. 236.

Anhang von Ordinationen.

Grofse Aehnlichkeit mit den Mandaten haben die sogenannten Ordinationen. Es sind dieses auf einseitigen Vortrag erlassene Sachverfügungen, wodurch der Richter, um den Streit in seinem Entstehen zu hindern, statt der Einleitung der gewöhnlichen Procefsart, das rechtliche Verhältnifs der Parthieen auf eine erschöpfende Weise zu bestimmen sucht 1). Diese Verfahrensart wurde wohl zuerst bey den höchsten Gerichtshöfen zu Wifsmar und Zelle eingeführt 2), bald eigneten sich dieselbe jedoch auch die höchsten Reichsgerichte an, weil sie es als dringend nothwendig betrachteten, bey ganz oder zum Theile offenbar gegründeten Beschwerden, mit Vermeidung der von den erkannten gewöhnlichen Processen unzertrennlichen Verzögerung, Hülfe zu gewähren. Diesem Bestreben der höchsten Reichsgerichte danken die Ordinationen wohl vorzüglich ihre weitere Verbreitung, ihm danken sie gewifs die gesetzliche Sanction,

1) *J. Ph. Hahn* de ordinationibus, nova indicandi genere in supremis imperii tribunalibus. In *Pütteri* Op. rem jud. imp. illustr. n. XV. *Fr. Ant. Dürr* (*Cramer de Clauspruch*) de ordinationibus. Mog. 1776. Vorz. *Gönner* Handb. III. n. 69. *von Almendingen* Metaphysik des Civilprocesses Abh. IX.

2) *von Almendingen* a. a. O.

welche ihnen endlich zu Theile wurde 1) und in Ansehung welcher nur zu bedauern ist, daſs sie keinen Aufschluſs über den weiteren Gang des Verfahrens gegeben hat, gewiſs ist aber auch der Form, in welche die höchsten Reichsgerichte genöthigt waren, ihre Ordinationen einzukleiden, es einzig zu verdanken, daſs noch bis izt die Rechtsgelehrten über den Gang des dadurch veranlaſsten rechtlichen Verfahrens nicht einverstanden sind.

Bey dem Verfahren in erster Instanz sind selten wahre Anrathungsgründe für die Gerichte in deutschen Landen vorhanden, um von Ordinationen Gebrauch zu machen, jedoch kann manchmal auch hier durch dieselben dem Entstehen eines Rechtsstreites zweckmäſsig vorgebeugt werden, wenn der Richter zwar die gebetenen Processe nicht erkennen kann, er aber doch aus der Antwort des Beklagten Verbindlichkeiten desselben klar erkennt, deren Nichterfüllung den Kläger zu seiner fehlerhaften Bitte bewogen hat. In diesem Falle wird die Ordination am besten in der bey den höchsten Reichsgerichten sehr üblich gewesenen Form der Ertheilung eines wohlgemeinten Raths, mit Vorbehalt des Recurses des andern Theils, auf den Fall der Nichtbefolgung, erlassen und die Folge der Nichtbefolgung kann nur darin bestehen, daſs der andere Theil die ihm vorbehaltene Klage wirklich anstellt.

Bey bloſsen Provocationen und Nich-

1) W. K. Leop. II. art. XIX. §. 6. 7.

tigkeitsbeschwerden und bey Appellationen ist dagegen der Gebrauch der Ordination häufiger 1). Dieser Gebrauch ist bey den beyden ersteren unbedenklichen, bey der letzteren dagegen werden die Bemerkungen des §. 210 b, und des §. 211. am Ende sehr zu berücksichtigen seyn, und es wird behauptet werden müssen, dafs eine solche Ordination nur wenn die Bemerkungen der gedachten §§. berücksichtigt worden sind, auf die Kraft einer reformatorischen Sentenz Anspruch habe, dafs aber aufserdem demjenigen, gegen welchen eine solche Ordination verfügt, nicht blofs die Nichtigkeitsbeschwerde, als einziges Hülfsmittel, zu Gebot stehe, sondern dafs ihm auch die Befugnifs, seine Gegengründe, in der Form von Einreden, vorzutragen und dadurch eine, der Rechtskraft fähige Entscheidung vorzubereiten, zugesprochen werden müsse.

B) Von dem Verfahren in Fällen, in welchen, noch ehe die Sache zu einer endlichen Entscheidung reif ist, dennoch durch einstweilige oder provisorische Verfügungen gegen eine Parthie vorgeschritten werden kann. Insbesondere von Verfügungen in Streitigkeiten über den jüngsten Besitz und Arrestbeschlagungen.

§. 237.

Rechtfertigungsgründe solcher interimistischen oder provisorischen Verfügungen.

Der Regel nach haben des Richters Ver-

1) Hier und da unter der Form eines rescripti de emendando sententiam, Claren de eo, quod justum est circa rescripta de emendando seu ordinationes. Goett. 1798. —

fügungen, während des Laufs der Verhandlungen, nur die Direction des Processes zum Zweck, bis eine Verfügung in Ansehung der Sache selbst gehörig vorbereitet erscheint. Sollte von dieser Regel eine Ausnahme gerechtfertigt werden können, so müfste der Endzweck der Verhandlungen selbst den Rechtfertigungsgrund an die Hand geben. Es müfste mithin gezeigt werden können, dafs, ohne eine bestimmte interimistische oder provisorische Verfügung, der Endzweck des gerichtlichen Verfahrens entweder gar nicht erreicht, oder doch diese Erreichung leicht vereitelt werden könnte. Alsdann würde es nicht nur erlaubt seyn, zum voraus einstweilen über den liquiden Theil der Forderung zu sprechen, sondern es würde selbst gerechtfertigt werden können, in zweifelhaften Fällen, durch Verfügungen gegen die eine oder die andere Parthie, welche, wenn sie auch nachher wieder rechtlich aufgehoben werden müfsten, dieser Parthie 1) keinen unersetzlichen Schaden verursachen könnten, dafür zu sorgen, dafs ein der andern Parthie, auf den Fall, dafs jene Verfügungen nicht erlassen

1) Gegen alle dergleichen provisorische und interimistische Verfügungen können, weil sie kein förmliches Recht unbedingt wirken sollen, keine Rechtsmittel mit der Kraft, die provisorische Vollstreckung zu hemmen, ergriffen werden. Wohl aber finden dagegen, wenn sie, wie gewöhnlich, in der Form von Mandaten erlassen werden, Gegenvorstellungen bey demselben Richter (exceptiones sub- et obreptionis), und Beschwerdeführungen bey dem höheren Statt.

würden, bevorstehender, leicht unersetzlicher Schaden entfernt, oder zu erwartenden gefährlichen Ausbrüchen von Selbsthülfe, welche dem Zwecke des gerichtlichen Verfahrens geradezu widerstreiten, vorgebeugt werde.

§. 238.

Anwendung hiervon a) auf das Verfahren bey Streitigkeiten über den jüngsten oder momentanen Besitz.

Alle possessorischen Rechtsmittel, es mag durch sie die Erhaltung, die Erlangung, oder die Wiedererlangung des Besitzes zum Gegenstande des Streites gemacht werden, sollen summarisch behandelt werden. Bey dem Verfahren in solchen Fällen müssen in Ansehung der Form die allgemeinen Regeln des summarischen Processes beobachtet werden, wenn nicht Ausnahmen (welches vorzüglich in Ansehung des bedingten Mandatsprocesses häufig der Fall ist) rechtlich begründet werden können. In Ansehung des Inhaltes dagegen wird das Verfahren durch die Natur der possessorischen Interdicte 1) bestimmt, welche in der Theorie des Verfahrens nicht dargestellt werden kann. Das possessorium endigt sich nicht eher, als bis das Recht des Besitzes 2) (jus possessionis) anerkannt ist,

1) Eben so gründlich als geschmackvoll ist diese behandelt in dem classischen Werke des Herrn *von Savigny*. Das Recht des Besitzes. Giessen. 3te Aufl. 1818. 8.

2) Wenigstens gewiss bey den remediis retinendae et recuperandae possessionis, denn die interdicta adi-

und da es nur eine possessio geben kann, so kann auf es kein neues possessorium, sondern nur ein petitorium, welches das von der juristischen possessio sehr verschiedene jus possidendi bestimmt, folgen.

Nur in Hinsicht der Interdicten zur Beybehaltung des Besitzes mufste die, öfters lange Dauer der Rechtsstreitigkeiten in Deutschland eine Aenderung in Ansehung des Verfahrens in dem possessorio herbeyführen, und eine policeyliche provisorische Regulirung des possessio, vor der Möglichkeit einer rechtlichen Regulirung derselben, mitunter nothwendig machen. Wenn nämlich beyde Theile sich für actuelle Besitzer halten, beyde mithin zum Interdicto retinendae, aber eben darum auch zum eigenmächtigen Schutze ihres Besitzes sich berechtigt glauben, so wird es Pflicht des Staates, vor allen Dingen, durch zweckgemäfse provisorische Verfügungen, den öffentlichen Ruhestand zu sichern und dadurch die Möglichkeit eines Rechtsstreites vorzubereiten. Darum gebieten die Gesetze 1) in diesem Falle dem Richter, auch unaufgefordert, vorerst

piscendae sind freylich provisorische Verfolgungen des Rechts zu dem Besitze — — also des eigentlichen Gegenstandes des petitorii — und wenn man bey ihrem Gebrauche ein possessorium von einem petitorium scheidet, so kann man in dieser Eintheilung nur eine Zerlegung des petitorii in einen provisorischen und definitiven Theil erkennen.

1) K. G. O. P. 2. t. 21. §. 3. K. G. O. P. 2. t. 22. §. 4.

den Gegenstand des Besitzes zu sequestriren, oder, statt dessen, beyden Theilen die Ausübung possessorischer Handlungen auf denselben zu untersagen. Hiernächst aber soll der Richter, ohne deſshalb weitläufige Verhandlungen oder vollständige Beweise zu verlangen, prüfen, welche der beyden Parthieen sich vor den wechselseitigen Störungen zuletzt in dem wirklichen ungestörten Besitze, wenn gleich auf noch so kurze Zeit, befunden habe 1), um alsdann diese, selbst wenn der andre Theil in possessorio zulässige, aber nicht auf der Stelle liquid gemachte Einreden gegen den erwiesenen Besitz vorgebracht hätte, durch ein Manutenenzdecret, in dem Besitze zu schützen, der andern aber, unter Vorbehaltung ihrer in dem possessorischen oder petitorischen Processe zu erörternden Rechte, alle ferneren Störungen in dem Besitze zu untersagen 2). Hierdurch entsteht nun die Eintheilung des bey interdictis retinendae possessionis Statt findenden possessorii in das possessorium summariissimum oder momentaneum und

1) Der Grund hiervon liegt darin, weil für diese Parthie die Vermuthung eines rechtlichen Besitzes streitet. Die Vermuthung weicht aber der Gewiſsheit. Darum kann keiner bey einem Besitze geschützt werden, welcher rechtlich gar nicht der seinige seyn konnte.

2) Sind künftige Störungen zu erwarten, so kann nach den Umständen auch die Stellung einer hinlänglichen Sicherheit dieser Parthie zur Verbindlichkeit gemacht werden.

das ordinarium, eine Eintheilung, welche indessen nur dann vorkömmt, wenn die angegebene Gefahr von Ruhestörungen vorhanden ist, und selbst in diesem Falle wieder nur alsdann, wenn nicht sogleich die rechtliche Entscheidung über das jus possessionis genügend vorbereitet ist, sondern in possessorio zulässige Einreden gegen den Besitz des Inhabers, welche noch eines weiteren Beweises bedürfen, wirklich vorgetragen worden sind.

Es ergiebt sich hieraus, daſs bey diesem höchst summarischen Verfahren über den momentanen Besitz, es möge nun auf die Imploration der einen, oder beyder Parthieen, oder von Amtswegen vorgenommen werden, dennoch beyde Parthieen gehört werden müssen, daſs das Bestreben einer jeden Parthie dahin gehen werde, für sich die letzten ruhigen Besitzhandlungen sogleich zu beweisen, in Ansehung der angeführten Besitzhandlungen des Gegentheils hingegen die Fehlerhaftigkeit (vitia possessionis) auf der Stelle darzuthun, daſs dagegen der Richter sich zwar für diejenige Parthie entscheiden müsse, welche von ihrer Seite die letzten Besitzhandlungen bescheinigt hat, ohne daſs der andre Theil die Fehlerhaftigkeit derselben auf der Stelle zu bescheinigen im Stande gewesen wäre 1), daſs er aber auch dabey nicht vergessen müsse, daſs durch diese seine provisorische Verfügung nie das

1) Da kein vollständiger Beweis verlangt wird, so können hier auch Zeugenverhöre vor einem Notarius zugelassen werden.

mögliche Recht der andern Parthie einer Gefahr ausgesetzt werden dürfe 1).

§. 239.

b) *Auf Arrestverfügungen und Sequestrationen.*

Unter einem Arrestbefehle versteht man eine Verordnung des Richters, durch welche entweder einer bestimmten Person, einen ihr angewiesenen Aufenthaltsort zu verlassen, untersagt, oder ihr Dispositionsrecht über das Ihrige, zur Sicherung der Ansprüche Anderer, beschränkt wird 2). In jenem Falle wird hierdurch ein Personalarrest, in diesem ein Realarrest im weiteren Sinne begründet. Der Mittel zur Anlegung eines Personalarrestes giebt es mehrere: es kann einer Person bloſs das Verlassen ihres

1) *Anm.* Es fällt hier recht in die Augen, wie unrichtig es sey, den ganzen possessorischen Proceſs als eine besondere summarische Proceſsart zu behandeln. Dadurch, daſs man gerne die Anmerkung machen wollte, daſs die Einrede der Entsetzung (spolii) das Verfahren in der Hauptsache hemme, auch wenn sie mit dieser nicht in Verbindung stehe, und daſs der Beweis dieser Einrede binnen 15 Tagen von dem Beweisinterlocute an, angetreten werden müsse, kann man doch wohl diese Behandlungsart nicht rechtfertigen!

2) Ich sage: über das Ihrige. Dadurch nämlich unterscheidet sich die Arrestverfügung von einem, in Ansehung einer bestimmten Sache verdammenden Erkenntnisse.

Haufses, oder Ortes untersagt, es können ihr Wachen in ihr Haufs gegeben, oder endlich sie in einen verwahrten Aufenthaltsort (Gefängnifs) gebracht werden. Eben so lassen sich mehrere Mittel zur Anlegung eines Realarrestes als wirksam denken, z. B. Wegnahme beweglicher Sachen (welches Realarrest in dem engeren Sinne heifst), Befehl an den dritten Inhaber solcher Sachen, dafs er sie, bis auf weitere Verordnung, nicht herausgeben solle, Befehl an den Schuldner, vor der Hand nichts an den Gläubiger, oder für diesen an einen andern auszuzahlen, Untersagung der Veräusserung unbeweglicher Güter u. s. w. In diesem weiteren Sinne ist unter dem Arreste auch das Sequester enthalten, wesches dadurch angelegt wird, dafs die einem Individuum weggenommenen beweglichen, oder unbeweglichen Güter einem Dritten zur Aufsicht, mit oder ohne Verwaltung, übergeben werden.

Häufig kommen dergleichen Verfügungen als reelle Executionsmittel zur Realisirung unbestrittener Ansprüche vor (§. 135.), in so ferne man aber von einem sogenannten Arrestprocesse, als einer besondern summarischen Verfahrensart, redet, erscheinen sie blofs als provisorische Verfügungen zur Sicherung noch nicht unbestrittener Ansprüche 1).

1) *Mevius* tr. de arrestis.

§. 240.

Fortsetzung. Arrestgesuch. Verfügung des Richters hierauf.

Aus dem im vorigen §. angegebenen Gesichtspunkte ergiebt sich, worin der Rechtfertigungsgrund eines jeden Gesuchs um Verfügung eines Arrestes gegen ein bestimmtes Individuum, zur Sicherung einer gegen dasselbe zustehenden, aber noch nicht unbestrittenen Forderung, bestehen müsse. Es mufs nähmlich eine augenscheinliche Gefahr, dafs ohne diese Verfügung die Realisirung der angegebenen Forderung entweder ganz vereitelt, oder doch sehr erschwert werden würde, nachgezeigt werden können. Zugleich wird aber, wenn der Rechtsstreit über die Forderung selbst nicht schon bey dem Richter anhängig ist, bewiesen werden müssen, dafs dieser Richter es sey, welcher für die Realisirung der Forderung des Impetranten Sorge zu tragen habe. Der Regel nach kann daher um die provisorische Arrestverfügung nur derjenige Richter angegangen werden, welcher in Ansehung der Forderung des Impetranten (als der Hauptsache) der zuständige 1) ist, und nur dann, wenn gezeigt werden könnte, dafs der Schuldner sich und das Seinige der Gerichtsbarkeit des sonst zuständigen Richters entzogen habe, würde für jeden Richter die Verbindlichkeit, mit Ver-

1) Ob im allgemeinen, oder ex speciali causa z. B. als Richter des Contracts, ist einerlei.

hinderung der versuchten Betrügerey, für die Realisirung der rechtlichen Ansprüche des Impetranten thätig zu seyn, begründet werden können. Nur in diesem Falle 1) würde, durch die Anlegung des Arrestes, selbst ein Richter, welcher ausserdem nicht der zuständige Richter des Impetraten gewesen wäre, sich Zuständigkeit erwerben können (§. 41.).

Bey der Prüfung des Arrestgesuches hat der Richter, der Natur einer provisorischen Verfügung gemäfs, folgende Rücksichten zu nehmen: 1. Er mufs sehen, ob, unter Voraussetzung der Rechtlichkeit der Forderung des Impetranten, die Arrestverfügung wirklich als nothwendig zur Sicherheit desselben betrachtet werden müfste. Ist dieses nicht der Fall, so wird das Gesuch sogleich abgeschlagen. Ist es ihm zweifelhaft, so mufs er, durch zweckdienliche Mittel, indem er entweder von dem Impetranten bessere Aufklärung verlangt, oder den Impetraten summarisch vernimmt, sich diese Zweifel zu lösen suchen.

2. Er mufs sorgfältig prüfen, ob er nicht, unter Voraussetzung der Unrechtlichkeit der Forderung, oder doch des Arrestgesuches des Impetranten 2), den Impetraten der Gefahr,

1) Doch dürfte wohl in dem Falle, wenn in dem ausländischen competenten Gerichte die Justiz verweigert wird, dasselbe behauptet werden müssen (*Martin* §. 229.).

2) Denn dafs diese Forderung selbst sogleich liquidirt seyn müsse, kann man nicht als nothwendig be-

in einen unersetzlichen oder doch mehr oder minder schwer zu ersetzenden Schaden durch den verhängten Arrest zu gerathen, aussetzen würde. Ist das letztere der Fall, so wird er, um selbst von beyden Seiten gegen nachherige Entschädigungsgesuche sicher zu seyn, vor allen Dingen eine hinlängliche Sicherheitsleistung von dem Impetranten verlangen, welche, wenn in der Geschwindigkeit kein anderes Mittel möglich ist, auch dadurch verschafft werden kann, dafs der Impetrant, bis er Bürgen oder Pfänder herbeyzuschaffen im Stande ist, sich selbst gleichfalls in den Arrest begiebt 1).

3. Er mufs, wenn das Arrestgesuch nicht abgeschlagen werden darf, sorgfältig prüfen, auf welche Art demselben rechtlich Genüge zu leisten sey. Unter denjenigen Mitteln nämlich (§. 240.), welche dem Impetranten volle Sicherheit verschaffen, mufs er immer dasjenige wählen, welches dem Impetraten am wenigsten lästig ist 2), woraus denn sich von selbst ergiebt, dafs der Personalarrest immer nur in

haupten, ob gleich es, damit man nicht zu Sicherheitsleistungen angehalten werde, als räthlich betrachtet werden kann.

1) Wenn man sein Gesuch nicht sogleich liquidiren kann, so ist es, wenn Gefahr auf dem Verzuge haftet: räthtlich, sogleich die genügende Sicherheitsleistung zu bestellen.

2) Mangel an Vorsicht hierbey kann den Richter eben so gut nachherigen Ansprüchen des Impetranten oder des Impetraten aussetzen, als wenn er ohne Grund gebetene Arrestverfügungen abschlägt, oder erkennt.

den Fällen der äussersten Nothwendigkeit Statt finden könne 1).

§. 241.

Fortsetzung. Weiteres Verfahren nach erlassener Arrestverfügung.

Nach erlassenem Arrestbefehle 2) müssen, in Ansehung des dadurch begründeten weiteren Verfahrens, der Natur der Sache nach, folgende Fälle unterschieden werden: I. Ob das Arrestgesuch, während des Laufes der Verhandlungen über die Forderung, zu deren Sicherstellung der Arrest gebeten wird, ange-

1) In manchen Fällen kann gar kein Personalarrest Statt finden. So kann keine Person, welche sich wirklich in den Diensten des Staates befindet, verhaftet werden.

*) Unsere Gesetze billigen die aus der Natur der Sache abgeleitete Theorie des sogenannten Arrestprocesses, indem sie nur widerrechtliche Arreste verbieten R. A. 1570. §. 84. R. A. 1594. §. 82. 83. C. K. G. O. Th. 2. t. 24.

**) Die Kosten zur Erhaltung der arretirten Person oder Sache mufs, wenn der Impetrat zu dieser Erhaltung nicht vermögend ist, der Impetrant vorschiefsen.

2) Dieses ist dem Impetraten immer mit dem Arrestgesuche mitzutheilen, mufs aber aufserdem bey Anlegung des Arrestes auf Mobilien im Besitze des Impetraten, an den Gerichtsdiener, bey Anlegung des Arrestes auf Sachen, welche sich in der Verwahrung Dritter befinden, an diese zugleich erlassen werden.

bracht worden war. II. Ob durch die Arrestverfügung die Gerichtsbarkeit eines, sonst in Ansehung der Hauptsache nicht zuständigen Richters begründet, oder III. dadurch ein Verfahren bey dem, in Ansehung der bisher noch nicht anhängigen Hauptsache zuständigen Richter veranlafst werden soll.

Ad. I. Hier stört die provisorische Arrestverfügung den Gang des Processes über die Hauptsache im geringsten nicht. Will sich daher der Impetrat bey der Arrestverfügung beruhigen, und das, (vielleicht nahe) Ende des Hauptprocesses abwarten, so ist hiermit das ganze Arrestverfahren beendigt. Allein allerdings steht es dem Impetraten frey, gegen das, ihm mit der Arrestverfügung mitzutheilende Arrestgesuch, wenn er nicht schon darüber gehört worden war, eine Gegenvorstellung zu übergeben, und entweder, durch eine zu bestellende Cautionsleistung, den Grund der Arrestverfügung aufzuheben, oder den Mangel aller Rechtsgründe zu einer solchen provisorischen Verfügung aufzudecken und demnach um Aufhebung derselben und Verurtheilung des Impetranten zum Schadensersatze zu bitten 1). In dem ersten Falle wird alsdann, wenn die bestellte Sicherheitsleistung genügt, die Arrest-

1) Auch davon, dafs gerade dieses Mittel, zur Verfügung des nothwendigen Arrestes, nicht hätte gewählt werden sollen, kann der Impetrat in dieser Gegenvorstellung den Richter zu überzeugen suchen, in welchem Falle auch hierüber erkannt werden mufs.

verfügung sogleich aufgehoben. In dem letzteren Falle muſs der Richter die Gründe der Gegenvorstellung sorgfältig prüfen, findet er sie sogleich verwerflich, so wird das Gesuch des Impetraten alsbald abgeschlagen, findet er sie vollkommmen überzeugend, so wird die Arrestverfügung sogleich eingezogen, der angelegte Arrest aufgehoben (relaxirt) und der Impetrant zum Schadensersatze verurtheilt, bleibt ihm aber die Sache zweifelhaft, so muſs er, durch weitere, nach allgemeinen Grundsätzen zu leitende Verhandlungen der Parthieen, ein die Arrestverfügung bestätigendes, oder aufhebendes Erkenntniſs vorzubereiten suchen.

Ad II. Hier kommt es darauf an, ob der Impetrant (welches am räthlichsten ist) sogleich mit dem Arrestgesuche seine Klage in Ansehung der Hauptsache beygebracht habe, oder nicht. In dem letzteren Falle muſs diese nun sogleich, binnen einem von dem Richter anzusetzenden peremtorischen Termine (Rechtfertigungstermin) 1), beygebracht werden, worauf alsdann, der Verfahrensart gemäſs, welche durch die Natur des Rechtsstreits über die Forderung des Impetranten begründet werden kann, verfügt werden muſs 2). Sehr

1) Wenn dieser von dem Impetranten versäumt wird, so ist es dessen eigene Schuld, wenn der Richter, auf Bitten des Impetraten, den verfügten Arrest wieder aufhebt. Doch kann aus rechtlichen Gründen der Impetrant auch Fristerstreckung erhalten. *Mevius* l. c. c. XVI.

2) Es kann daher in Ansehung der Hauptsache bald der

wohl ist aber hierbey zu bemerken, dafs der Impetrat, wenn er in seiner Gegenvorstellung die Widerrechtlichkeit des verfügten Arrestes darthun zu können glaubt, in Ansehung der Hauptsache selbst sich in nichts einlassen dürfe, weil mit Aufhebung der Arrestverfügung zugleich der einzige Grund der Zuständigkeit dieses Richters hinwegfällt. Kann hingegen der Impetrat die Rechtlichkeit des verfügten Arrestes nicht angreifen, oder wird, seiner Gegenvorstellung ungeachtet, das Arrestdecret bestätigt, so mufs er nun dasjenige Verfahren in Ansehung der Hauptsache sich gefallen lassen, welches der Natur der Forderung des Impetranten angemessen ist.

Ad III. Hier ist das Verfahren dem n. II. beschriebenen vollkommen gleich, das einzige ausgenommen, dafs des Impetraten Vorstellungen gegen die Rechtlichkeit des verfügten Arrestes nicht als eine den Gerichtsstand ablehnende Einrede betrachtet werden können, und dafs mithin der Impetrat, auch während des Verfahrens über die Rechtlichkeit des Arrestes, dennoch, in den Rechtsstreit über die Hauptsache sich einzulassen, nicht verweigern kann 1).

ordentliche, bald der nach den allgemeinen Regeln eingerichtete summarische Procefs, bald eine nur Ausnahmsweise eintretende summarische Verfahrungsart, z. E. Mandatsprocefs, Executivprocefs etc. Statt finden.

1) *Anm.* Derjenige, welcher den über ihn verhängten Arrest bricht, ist als Verächter obrigkeitlicher Be-

C) Von dem Verfahren in Fällen, in welchen der sogenannte Executivprocefs eintritt.

§. 242.

Executivprocefs. Rechtfertigungsgrund desselben.

Es würde unbillig und dem Credit im Handel und Wandel nachtheilig seyn, wenn man denjenigen, welcher auf alle mögliche Art dafür gesorgt hat, alle Punkte seiner Forderung, welche als ein Gegenstand der Prüfung des über die Rechtlichkeit der Forderung erkennenden Richters betrachtet werden müssen, sogleich klar machen zu können, verbinden wollte, mit der Realisirung dieser Forderung bis zum Ausgange einer Verfahrensart zu warten, welche darauf berechnet ist, dafs alle dem Gegentheile zustehenden Ausflüchte und Gegenforderungen, wenn sie auch eines noch so weitläufigen Beweises bedürfen sollten, zugleich erörtert werden können. Wenn daher die Gesetzgebung bestimmt, dafs in solchen Fällen zwar dem Beklagten das Recht, seine Gegenansprüche auszuführen, nicht benommen, dafs aber doch durch diese Ausführung, wenn sie nicht durch dieselben liquiden Beweismittel, wodurch der Kläger die Rechtlichkeit seiner Forderung ausser Zweifel setzte, unterstützt werden könne, die Realisirung des sogleich liquidirten Rechts des Klägers nicht aufgehalten

fehle strafbar und der Richter ist berechtigt, durch Requisitorialschreiben und öffentliche Ladungen den Entflohenen zu verfolgen.

werden solle, so würde sie der Vorwurf einer Ungerechtigkeit wohl nicht treffen können. Aus diesem Gesichtspunkte mufs der sogenannte Executivprocefs betrachtet werden, welcher sich in Deutschland, von den Reichsgesetzen im Allgemeinen genehmigt, aber nicht durchaus genau bestimmt 1), gebildet hat.

§. 243.

Fortsetzung. Grundsätze, auf welchen das executivische Verfahren beruht.

Da hier die Theorie dieses, Ausnahmsweise eintretenden Verfahrens nicht von den Observanzen bestimmter Gerichte abgeleitet werden kann, so dürfen nur folgende Grundsätze als entscheidend betrachtet werden:

I. Der Implorant, welcher von dem executivischen Verfahren zu seinem Vortheile Gebrauch machen will, mufs seine persönliche 2) Forderung an den Imploraten sogleich durch Beweismittel unterstützen, welche die Verbindlichkeit des Imploraten selbst unmittelbar aussprechen und durch welche der Richter auf der Stelle sich von der Richtigkeit

1) J. R. A. §. 174. verbunden mit den, aus Cod. IV. 31. c. 14. abzuleitenden Argumenten.

2) *Danz* summ. Proc. §. 30. und die das. angef. Bey dinglichen Klagen kann eine Urkunde nie leisten, was sie nach dem §. leisten müfste. Auch fallen bey dinglichen Klagen die Gründe zur Einführung einer begünstigten Verfahrensart weg. *Hommel* Rhaps. quaest. for. Tom. I. obs. 4.

der Forderung, in jeder möglichen, für die Entscheidung über die Rechtlichkeit derselben nothwendigen Hinsicht, vollkommen zu überzeugen im Stande ist. Das einzige Beweismittel, welches dieses zu leisten im Stande wäre, sind klare Brief und Siegel, oder (wie man sich auszudrücken pflegt) guarentigiirte Instrumente, d. h. Urkunden (private oder öffentliche), welche nicht nur keinen äusseren Mangel, der ihre Authenticität bezweifeln liefse, an sich tragen, sondern welche auch durch ihren Inhalt die vollesten, genügendsten Aufschlüsse über alles, wovon der Implorant den Richter überzeugen mufs (also über das a quo, cui, cur, quale, quantum, quando et ubi debeatur) enthalten. Nur auf solche Documente kann daher diese privilegiirte Verfahrensart, nach den Gründen ihrer Einführung und dem Geiste des J. R. A., gegründet werden.

II. Eine auf diese Art bewiesene 1) Forderung des Imploranten soll von dem Richter, wenn anders seine Zuständigkeit keinem Zweifel ausgesetzt ist, ohne die Ausflüchte des Imploraten, welche eines Beweises bedürften, izt weiter zu hören, sogleich auf die gesetzliche Art realisirt werden. Daher der Namen des executivischen Verfahrens. Nur dann, wenn der Implorat für den

1) Sollte daher der Richter auf nicht guarentigiirte Instrumente dennoch in dem Executivprocesse verfahren, so würde der Implorat mit Recht die Einrede der unrecht gewählten Procefsart vorschützen.

Beweis seiner Einreden eben so gut, wie der Implorant für den Beweis seiner Klage gesorgt hätte, nur dann also, wenn der Implorat seine Einreden gleichfalls auf der Stelle durch guarentigiirte Instrumente klar machen könnte, mufs ihm ein gleiches Recht auf das richterliche Gehör verstattet werden 1). Alle, auf irgend eine andre Art zu erweisenden Einreden hingegen können zwar dem Imploraten nicht genommen, aber ihre Erörterung mufs, ohne dafs dadurch die Realisirung der klaren Forderung des Imploranten aufgehalten würde, einer anzustellenden Widerklage vorbehalten werden.

III. Was die Art und Weise selbst betrifft, auf welche der Richter in dem Executivprocesse für die Realisirung der Forderung des Imploranten thätig seyn mufs, so ist hier genau zu unterscheiden: ob die vorgebrachten Urkunden, um vollen Beweis zu wirken, noch einer Anerkennung des Imploraten bedürfen, oder nicht? Im letzteren Falle hat der Richter sogleich ein, der Forderung des Imploranten gemäfses Mandat zu erlassen, welches indessen, weil man zum Voraus nicht wissen kann, ob dem Imploraten nicht auf der Stelle durch guarentigiirte Instrumente zu erweisende Einreden zustehen, nur ein bedingtes seyn darf. Es ist aber hierbey nicht zu vergessen, dafs, indem durch die Clausel eines solchen Man-

1) Dafs der Eid nicht zu den, sogleich liquidirenden Beweismitteln gehöre, davon siehe *Gönner* zu *Dana* n. XX.

dates dem Imploraten nur in dem executivischen Verfahren zulässige Einreden (vergl. n. II.), zum Beweise der rechtlichen Nichtbefolgung desselben, vorzubringen verstattet wird, das durch dieses Mandat begründete executivische Verfahren immer sehr von dem, welches sonst bey bedingten Mandaten eintritt (§. 237.), verschieden sey.

Im ersteren Falle hingegen muſs der Richter vor allen Dingen einen Termin zur gerichtlichen Anerkennung der Urkunden ansetzen, und auf denselben den Imploraten, unter Androhung, daſs die Urkunden im Nichterscheinungsfalle für anerkannt erklärt werden würden, den Imploranten aber zur reellen Production der Urkunden, unter Androhung des Verlustes derselben, vorladen. In diesem Termine erklärt nun der Implorat (wenn er nicht solche verzögerliche Einreden, welche ihn auch im ordentlichen Processe von der Einlassung befreyen müſsten, oder doch die Einrede der unrecht gewählten Proceſsart vorzuschützen hat) entweder, daſs er die producirten Urkunden anerkenne, oder daſs er sie (was ihm frey steht) eidlich abläugnen wolle. In dem letzteren Falle wird durch diese eidliche Abläugnung alle Beweiskraft der Urkunden vernichtet und der Implorat muſs daher abgewiesen werden. In dem ersteren Falle hingegen wird, wenn der Implorat keine in dem executivischen Verfahren zulässige Einreden (n. II.) vorzubringen im Stande ist, nun sogleich, der bewiesenen Forderung des Implo-

ranten gemäfs, gegen den Imploraten gesprochen und alles, was dieser sonst vorzubringen haben möchte, der Erörterung in einer Widerklage vorbehalten. Hierbey ist nur noch zu bemerken, dafs in dem executivischen Verfahren 1) weder der Implorat durch eine Gewissensvertretung mit Beweis der eidlichen Abläugnung, wenn er die Urkunden nicht anerkennen will, entgehen, noch der Implorant dadurch, dafs er auf andre Art den Beweis der Authenticität der Urkunden führen will, der gewählten eidlichen Abläugnung vorbeugen könne, denn das executivische Verfahren kennt durchaus keinen andern Beweis, als den durch guarentigiirte Instrumente.

§. 244.

Wechselprocefs.

Da Wechsel guarentigiirte Instrumente

1) Ich sage: in dem executivischen Verfahren, und glaube, dafs sich so die Streitfrage, ob der Implorant der in dem ordentlichen Processe ihm zustehenden Mittel, die eidliche Abläugnung abzuwenden, sich bedienen könne? sehr leicht entscheiden lasse. Mit dem Executivprocesse nämlich ist dieses unverträglich, da aber der Implorant auf diese, zu seinem Vortheil eingeführte Verfahrensart Verzicht leisten kann, so ist eine Erklärung des Imploranten: dafs er sich jener Mittel bedienen wolle, zwar nicht verwerflich, aber es mufs von diesem Augenblicke an angenommen werden, dafs er den Vortheilen des executivischen Verfahrens entsagt habe. Siehe Justiz und Polizey-Rügen 1807. n. 32.

seyn können, so ist es keine Frage, daſs auch auf sie der Executivproceſs gegründet werden dürfe. Nach den gemeinen deutschen Gesetzen, welche keine besondere Wechselstrenge kennen, giebt es daher gar keine Eigenthümlichkeiten eines Wechselprocesses, wohl aber an denjenigen Orten, wo eine solche Wechselstrenge particular-gesetzlich ist. Indessen besteht auch hier die ganze Eigenthümlichkeit nur allein darin, daſs der Wechselschuldner, auf Verlangen des Gläubigers, sich, wenn auch sein Vermögen zur Befriedigung der Forderung hinreichen sollte, dennoch, nach eingetretenem Zahlungstermine, dem Personalarreste, bis zur wirklich geleisteten Zahlung, unterwerfen muſs.

§. 245.

Verfahren über proceſshindernde Einreden.

Sehr nahe verwandt mit dem Executivprocesse würde das schleunige Verfahren über die sogenannten proceſshindernden Einreden 1) (exceptiones litis ingressum impedientes) seyn, wenn dasselbe überhaupt gerechtfertigt werden könnte. Das Fundament für dieses Verfahren suchte man gewöhnlich in einer Stelle der canonischen Gesetze 2), welche, bey vorgeschützten Einreden des schon geendigten

1) D. h. den Anfang des ordentlichen Processes hindernde Einreden.

2) II. 3. c. 1. in 6to.

Processes (litis finitae), Befreyung von der Einlassung auf die Klage Statt finden läſst. Mit Unrecht suchte man den Grund dieser Stelle, welche nur eine richtige Folgerung aus der forideclinatorischen Natur der gedachten Einreden aufstellt 1), in einer von dem Gesetze beabsichteten Begünstigung auf der Stelle liquid machender Beweise und so erzeugte sich hier und da in dem Gerichtsgebrauche der Grundsatz, daſs bey gleichem Beweise alle zerstörlichen Einreden auf dieselbe Wirkung Anspruch hätten und eine Abweichung von dem ordentlichen Gange des Processes, zum Zwecke einer beschleunigten Hülfe für den Beklagten, veranlassen könnten. Dieser Gerichtsgebrauch kann nun zwar in seinem vermeinten gesetzlichen Grunde keine haltbare Stütze finden, dagegen ist es aber möglich, ihn auf die aus dem Geiste des executivischen Verfahrens hervorgehende, auch für den Beklagten entscheidende gesetzliche Begünstigung sogleich liquider rechtlichen Ansprüche zu gründen und aus diesem Gesichtspuncte eine in sich haltbare Theorie über die sogenannten proceſshindernden Einreden aufzustellen 2). Man wird aber doch immer zu dem Bekenntnisse sich bestimmt fühlen müssen, daſs

1) Aus dieser Natur der gedachten Einreden habe ich schon oben bey der unheilbaren Nichtigkeitsklage wichtige Folgerungen abgeleitet. Vergl. §. 218. Not *

2) Vortrefflich hat diese Theorie *Gönner*, der Reformator dieser Lehre, entwickelt, I. 8. — eine der gelungensten Abhandlungen dieser schönen Sammlung.

die innere Haltbarkeit der nachfolgenden theoretischen Sätze nur ein Empfehlungsgrund für eine mögliche Gesetzgebung werden, keineswegs aber als ein Rechtfertigungsgrund derselben nach der wirklich bestehenden Gesetzgebung, betrachtet werden könne.

Wenn der Beklagte durch zerstörliche Einreden den vollen Ungrund der ganzen Klage sogleich erwiesen, unbedingt und unabhängig von weiterem Vorbringen des Klägers 1), darthun kann, so könnte man ihm die Befugniſs zuschreiben, eine Abweichung von dem gewöhnlichen Gange des Processes 2) und, nach Einleitung des über die schleunigen Beweise etwa noch erforderlichen Verfahrens, alsbaldige Lossprechung von der ganzen Klage zu verlangen.

Findet der Richter die vorgeschützten Einreden, an sich und in Ansehung ihrer Beweise, für den Zweck des Beklagten rechtlich geeigenschaftet, so könnte er nun, wenn die Beweise in Privaturkunden bestehen, einen Termin zur Anerkennung (§. 244.), ansetzen, wenn sie dagegen in öffentlichen bestehen, so müſste ihm die Rücksicht, daſs die mögli-

1) Die den Beweis auf den Kläger schiebenden Einreden können daher, ohne besondere Uebernahme eines Beweises derselben, nicht als proceſshindernd gebraucht werden.

2) Unnütz und schädlich ist es, proceſshindernden Einreden eventuell eine Exceptionsschrift, wie im ordentlichen Processe, anzuhängen und darin dieselben, als gemeine peremtorische Einreden, zu wiederholen.

chen Repliken und Gegenbeweise des Klägers, selbst wenn sie das gewöhnliche Verfahren erfordern sollten, durch keine Begünstigung des Beklagten ausgeschlossen werden können, bestimmen, nicht gleich lossprechend zu erkennen, sondern vorerst noch einen Termin zum mündlichen Schlufsverfahren anzusetzen. In diesem, so wie in dem Termine zur Anerkennung der Privaturkunden, würde es dann dem Kläger, wenn er auch die procefshindernde Eigenschaft der Einreden des Beklagten im Allgemeinen nicht verkennen kann, frey stehen müssen, für seine vorgebrachten Repliken und Gegenbeweise Einleitung des gewöhnlichen Verfahrens zu verlangen, es würde ihm aber auch wohl erlaubt werden müssen, den von dem Beklagten eingeschlagenen Weg zu verfolgen, seine Repliken auf der Stelle zu erweisen und alsdann die Condemnation des Beklagten, es müfste denn derselbe gleichfalls auf der Stelle eine Duplication zu erweisen vermögen 1), zu verlangen.

1) Der Beklagte würde dagegen, gegen Erstattung aller Kosten, eine Zurückführung in den Weg des ordentlichen Processes verlangen können.

ANHANG.

Von dem Concursprocesse.

Einleitung.

§. 246.

Begriff des Concursprocesses 1).

Wenn auch noch so viele Gläubiger gegen ein bestimmtes Individuum mit ihren Forderungen gerichtlich auftreten, so wird dennoch, durch diese Gläubigerconcurrenz allein, keineswegs die ausserordentliche Verfahrensart, welche wir mit dem Namen des Concursprocesses zu bezeichnen pflegen, begründet, sondern es wird über die Forderung eines jeden einzelnen Gläubigers, nach der Natur derselben, entweder in dem ordentlichen, oder Ausnahmsweise in dem summarischen Processe, verfah-

1) Dabelow ausführliche Entwickelung der Lehre vom Concurse der Gläubiger. Halle 1801. 4. 2te Aufl. Sehr gute Bemerkungen enthalten die *Happelschen*, bey den einzelnen Lehren anzuzeigenden Schriften.

ren und mit der Vollstreckung der rechtskräftigen Erkenntnisse gegen den Schuldner eben so zu Werke gegangen, wie es hätte geschehen müssen, wenn die zufällige Concurrenz der klagenden Gläubiger nicht vorhanden gewesen wäre. Wenn aber, sey es durch diese Concurrenz der Gläubiger, oder durch die eigene Erklärung des Schuldners, oder auf irgend eine andere Art veranlafst, der prüfende Richter die Gewifsheit erhält, dafs die Vermögensmasse eines Schuldners, in so weit sich die Gläubiger an dieselbe halten können, zur Befriedigung aller Forderungen nicht zureiche, dann mufs nothwendig das Verfahren eine ganz veränderte Gestalt annehmen. Da nämlich izt diese ganze Vermögensmasse von den Forderungen der Gläubiger verschlungen wird, an diese also nothwendig ganz abgetreten und unter sie, deren Forderungen sich in der Realisirung nothwendig wechselsweise beschränken, nach den aus der Natur ihrer Rechtsansprüche hervorgehenden Bestimmungen, vertheilt werden mufs, so würde nun eine Verfahrensart, welche, sich ganz in den Schranken des gewöhnlichen Verfahrens bey den Rechtsstreitigkeiten haltend, jede Forderung als einzelne behandeln und ohne Rücksicht auf andere zu realisiren suchen wollte, nicht mehr als zweckmäfsig erscheinen können. Eine nothwendige policeyliche Rücksicht fordert vielmehr, dafs nun an die Stelle des gewöhnlichen Verfahrens ein anderes trete, welches das ganze an die Gläubiger rechtlich abzutretende Vermögen des Schuldners unter diese

insgesammt, nach den durch ihre Concurrenz bestimmten rechtlichen Verhältnissen, wirklich vertheile. Die Aufgaben, welche in solchen Fällen durch das gerichtliche Verfahren aufgelöfst werden müfsten, wenn eine rechtliche Vertheilung des Vermögens soll gedacht werden können, wären demnach diese: 1. zu bestimmen, was überhaupt unter die Gläubiger zu vertheilen sey und wie viel überhaupt den Gläubigern verlohren gehe, welches durch die genaue Feststellung der zu vertheilenden Vermögensmasse geschieht, 2. zu bestimmen, wie die Gläubiger aus dieser Masse zu befriedigen seyen, woraus sich denn von selbst ergeben mufs, welche unter denselben und was diese an ihren Forderungen verliehren müssen. Dieses ausserordentliche Verfahren, welches zur gerichtlichen Vertheilung des unzulänglichen Vermögens eines Gemeinschuldners (cridarius) an die Gläubiger Statt finden mufs, nennen wir den Concursprocefs 1), welcher sich in Deutschland, durch die von dem Gerichtsgebrauche sanctionirte Aufnahme jenes policeylichen Zweckes, als ein eigenthümliches, von dem römischen Verfahren in Schuldsachen in dem Grundsatz ganz verschiedenes Verfahren gebildet hat 2).

1) Auch Gant- oder Conturbationsprocefs, Debitwesen.

2) Eine Skizze des römischen Verfahrens wird dieses am besten beweisen und zugleich die Regeln für die Anwendbarkeit der römischen Gesetze in dieser Lehre an die Hand geben.

§. 247.

Allgemeinste Folgen aus diesem Begriffe. Von der Gemeinschaft der Gläubiger. Von dem zuständigen Gerichtsstande und der Eintheilung des Concurses in den allgemeinen und besonderen.

Da, nach dem angegebenen Begriffe, ein Concursprocefs nicht gedacht werden kann, aufser als Folge der Erklärung, dafs die Vermögensmasse eines Gemeinschuldners den Gläubigern, in so weit sie sich an dieselbe halten können, zur Vertheilung als abgetreten zu betrachten sey, so folgt, dafs gleich mit dem Anfange dieser Verfahrensart der Schuldner alles Dispositionsrecht über diese Vermögensmasse verliehren müsse und dafs diese Masse als eventuelles, durch den Richter rechtlich zu vertheilendes Eigenthum der Gläubiger zu betrachten sey 1). Dieses ist es, was man

1) Ich glaube, dafs die gewöhnlichen Eintheilungen des Concurses in den imminenten, materiellen und formellen oder blofs in den materiellen und formellen völlig unnütz und, als praktische Verwirrungen leicht erzeugend, verwerflich seyen. Nur durch den wirklichen Anfang des Concursprocesses (welcher unten näher betrachtet werden wird) wird der Gemeinschuldner des Dispositionsrechtes über das Seinige für verlustig erklärt, erst von izt an wird das verschuldete Vermögen eventuelles Eigenthum der Gläubiger, denn es läfst sich kein Rechtsgrund angeben, aus welchem vor diesem Zeitpunkte eine totale Veränderung des Verhältnisses zwischen

sich denkt, wenn man sagt: daſs die Gläubiger durch den eröffneten Concursproceſs in eine Gemeinschaft treten, ein Ausdruck, welcher, wenn er nicht durch das eben Gesagte seine genauere Bestimmung erhält, leicht zu Miſsverständnissen Veranlassung geben kann.

Gläubiger und Schuldner abgeleitet werden könnte. Nun wird zwar nicht geläugnet, daſs, nach ausgebrochenem Concursprocesse, vor dem Ausbruche desselben vorgenommene Veräusserungen „wenn die Absicht des Schuldners, sein Vermögen zum Nachtheil der Gläubiger zu vermindern, bey der lucrativen Veräusserung an dem Tage liegt, oder wenn durch Collusion zwischen dem Schuldner und dem Dritten, letzterer, auch bey einer scheinbar onerosen Veräusserung, Theilnehmer am Betruge wird (*v. Almendingen* über den mater. und form. Conc. d. Gläubiger. S. 82.)“, durch die in den positiven Gesetzen gegründete paulianische Klage aufgehoben werden können, allein um die Regeln über den richtigen Gebrauch dieses in den Gesetzen (XLII. 8. fr. 1. fr. 6. §. 11. Cod. VII. 75. const. 5.) genau bestimmten Rechtsmittels aufstellen zu können, bedarf es jener schwankenden und, selbst nach den besten Erklärungen, hierzu untauglichen Eintheilungen nicht. Vergl. vorz. gegen *Gmelin*, (die Lehre vom materiellen Concurse der Gläubiger, Erl. 1775.) *Happel* in den Beobachtungen beym Ausbruche eines Concurses und bey Zurückforderung des vom Schuldner vorher veräusserten Vermögens. Giessen 1801. 8.

Da hiernächst, um den Zweck, dafs die verschuldete Vermögensmasse unter alle diejenigen, welche Forderungen an dieselbe haben, nach den Gesetzen vertheilt werde, zu erreichen, es nothwendig ist, dafs alle Forderungen an diese Masse bey demselben Gerichte angebracht werden, so folgt: 1. dafs der Concursprocefs nur von dem Gerichte, welches in Ansehung aller dieser verschiedenartigen Forderungen als zuständig betrachtet werden kann, vor welchem mithin der Schuldner seinen allgemeinen (§. 37.), sey es befreyten, oder nicht befreyten, Gerichtsstand hat, zu erkennen sey, 2. dafs mit dem von diesem Gerichte erkannten Concursprocesse, die Zuständigkeit aller speciellen Gerichtsstände, es mögen nun die Forderungen, welche in diesen hätten angebracht werden können, schon wirklich angebracht seyn oder nicht, erlöschen müsse. Hierdurch wird aber der Unterschied zwischen dem allgemeinen und besonderen oder particulären Concursprocefs gar nicht verwerflich 1), sondern es mufs vielmehr dieser letztere in allen Fällen Statt finden, wo bestimmte Gläubiger zu einer bestimmten, als ein eigenes Gütercorpus von dem übrigen Vermögen abzutrennenden und zur Befriedigung der an dieselbe Statt findenden

1) Wie *Dabelow* in der ausführlichen Erläuterung der Lehre vom Concurs der Gläubiger, 1te Aufl. Th. 1. § 12. glaubte.

Forderungen nicht genügenden 1) Vermögensmasse, in einem solchen Verhältnisse stehen, daſs sie die Separation derselben von dem übrigen Vermögen rechtlich verlangen können 2). Dagegen läſst sich aber die Rechtlichkeit eines particulären Consurses nur in dieser Rücksicht, nach welcher er selbst bey dem nämlichen Richter, bey welchem auch der allgemeine Concursproceſs hängt, Statt finden kann 3), rechtfertigen und keineswegs aus dem Grunde, weil die Vermögensstücke

1) Denn wenn die Vermögensmasse, deren Absonderung rechtlich verlangt werden kann, zur Befriedigung der Gläubiger, welche Ansprüche an dieselbe haben, genügt, so kann kein Concursproceſs über dieselbe entstehen, (§. 246.); sondern diese Gläubiger liquidiren ihre Forderungen, ohne in einen Concursproceſs sich einzulassen und das, was nach der Befriedigung derselben übrig bleibt, wird ein Theil der allgemeinen Concursmasse.

2) Sehr schön hat dieses ausgeführt *Gönner* in den Erörterungen etc. n. XLII. Beyspiele geben XIV. 4. fr. 5. §. 15. 16. XLII. §. 6. fr. 15.

3) Sobald aber das zu separirende Vermögen in einem andern Gerichte gelegen ist, so ist dieser andere Richter in Ansehung dieses partikulären Concurses der allein zuständige.

So wichtig übrigens auch die Folgen dieser Eintheilung für die Gläubiger seyn können, so hat sie doch keine Verschiedenheit in Ansehung der Verfahrensart zur Folge.

des Schuldners in verschiedenen Ländern gelegen sind 1).

§. 248.

Nöthige Vorsicht des Richters bey Veranlassungen zum Concurse. 1. Präliminaruntersuchungen vor dem wirklichen Anfange des Concursprocesses.

Es giebt mehrere Gründe, welche dem Richter als Veranlassungen zu einem Concursprocesse erscheinen können. Selten wird zu diesen die eigene Erklärung des Schuldners, dafs er sein, zur Befriedigung der Gläubiger unzulängliches Vermögen abtreten wolle, (so vortheilhaft auch diese Erklärung für den Schuldner seyn kann) gehören, dagegen aber werden desto häufiger als Veranlassungsgründe betrachtet werden können: 1. wenn zur Befriedigung der andringenden, zumal der chirographarischen Gläubiger, das Mobiliarvermögen des Schuldners nicht zureicht und, da nun zum Verkaufe von Immobilien geschritten

1) Sehr merkwürdig ist hierüber das RHRathsconclusum vom 13. Febr. 1787. in Betreff des Adelsheim-Sennfelder Debitwesens und vom 23. May 1789. in Betreff des Curators der Schwendlerschen Concursmasse Ctra die Fürstl. Wirzb. Regierung. *S. Gönner* a. a. O. n. XLIII. — Ohne die Annahme der, in dem deutschen Concursprocesse entscheidenden, §. 246. entwickelten Grundthesis, dürfte sich indessen diese Behauptung aus den römischen Gesetzen nie erweisen lassen, vergl. *Happel* Erörterung der beym Concursprocefs vorkommenden wichtigsten Gegenstände. Giessen 1803. 8. —

werden soll, auch unter diesen keines sich zeigt, welches zur Tilgung der eingeklagten Schulden und Bezahlung der darauf Ansprüche habenden hypothekarischen Gläubiger genügt. 2. Wenn gegen einen flüchtig gewordenen Schuldner nun mehrere Gläubiger auftreten. 3. Wenn nach dem Tode eines Schuldners der Erbe die verschuldete Erbschaft nicht antreten will, oder, bey der andringenden Menge von Gläubigern, sich erklärt, daſs er sie ohne eine genauere Prüfung des ganzen Vermögens- und Schuldenzustandes nicht antreten wolle u. d. m.

Welche von diesen, oder ähnlichen Veranlassungsgünden der Richter aber auch haben möge, so ist er dennoch durch keinen derselben zu dem wirklichen Anfange des Concursprocesses unbedingt berechtigt, denn eine Verfahrensart, welche nur unter der Voraussetzung, daſs der Schuldner das Dispositionsrecht über das Seinige verlohren habe und daſs das Vermögen ganz an Andre vertheilt werden müsse, gedacht werden kann, welche mithin den nachtheiligsten Einfluſs auf die Lage des Schuldners haben muſs, kann nur durch die Gewiſsheit, daſs das ganze Vermögen von den Forderungen der Gläubiger verschlungen werde, gerechtfertiget werden. Dagegen aber haben die Gläubiger das Recht, zu verlangen, daſs der Richter nicht, durch unnöthiges Verzögern der Erkennung des Concursprocesses, beträchtlichere Verminderungen der Vermögensmasse veranlasse, sie haben das Recht, zu verlangen, daſs er sich

durch diese Veranlassungsgründe zu einer genaueren Prüfung, deren Resultat ihm die verlangte Gewifsheit gewähren mufs, bestimmen lasse. Diese genauere Prüfung des Vermögenszustandes des Schuldners ist deswgen nun eine nothwendige Präliminarhandlung, welche der vorsichtige Richter nicht versäumen wird. Von dem gegenwärtigen Schuldner wird er daher eine eidliche Specification seines Vermögens und Schuldenzustandes sich einreichen lassen, in solchen Fällen aber, wo diese nicht geschehen kann, durch Verfertigung eines Inventariums die Vermögensmasse, durch Vorladung der Gläubiger hingegen (bey welcher aber die Ursache nothwendig angegeben werden mufs) die Schuldenmasse erforschen. Durch ein solches Verfahren mufs er alsdann nothwendig in den Stand gesetzt werden, sich mit der genauesten Bestimmtheit angeben zu können, ob der Vermögenszustand des Schuldners ein solcher sey, welcher ihn zu dem Anfange des wirklichen Concursprocesses berechtigen könne (§. 246.).

§. 249.

2) *Versuch der Güte. Nachlafsverträge. Moratorische Verträge.*

Selbst wenn er sich aber auch hierzu berechtigt finden sollte, so wird er dennoch, um die mit jedem Concursprocesse für Gläubiger sowohl als Schuldner nothwendig verknüpften üblen Folgen, so viel an ihm ist, zu entfernen, sich aufgefordert fühlen (§. 124.), vor

allen Dingen zu versuchen, ob nicht, durch eine zu stiftende Uebereinkunft der Gläubiger, dem Ausbruche des Concursprocesses vorzubeugen sey. Dem durch die bisherigen Untersuchungen mit der wahren Lage der Sache vertrauten Richter wird es hier häufig nicht schwer werden, den Gläubigern verschiedene, zu ihrem Besten abzweckende Vorschläge zu thun 1) und sie von dem Werthe dieser Vorschläge zu überzeugen. Vorzüglich wird er öfters im Stande seyn, dadurch den Ausbruch des Concursprocesses zu verhindern, daſs er die Gläubiger zu einem moratorischen oder Nachlaſsvertrage bestimmt, vermöge dessen sie erklären, daſs sie dem Schuldner eine bestimmte Zeit lang nachsehen, oder die Befriedigung eines bestimmten Theils ihrer Forderungen, entweder gar nicht, oder doch vor der Hand nicht, verlangen wollen, sey es, um dem Schuldner oder den Seinigen den nöthigen Lebensunterhalt zu lassen, oder um demselben nicht alle Mittel zur Verbesserung seiner Lage zu rauben, oder endlich, was eine solche Einrichtung vorzüglich als annehmbar erscheinen lassen kann, um den übrigen Theil der Forderung desto sicherer zu erhalten. Der Richter wird hierbey sein Bestreben hauptsächlich dahin richten, eine freywillige Vereinigung der Gläubiger zu Stande zu bringen, welches ihm nicht gelingen kann, wenn

1) Eine vorzüglich gute Anleitung hierzu findet man in *Happels* Anleitung zum Verfahren, Concursprocesse abzuwenden. Gieſsen 1799. 8.

er sich nicht dazu vorbereitet hat, den Gläugern (allenfalls jedem insbesondere), durch einleuchtende Gründe, die Ueberzeugung zu verschaffen, daſs die Annahme seiner Vergleichsvorschläge ihrem allerseitigen Interesse angemessener sey, als es der Ausgang des Concursprocesses wahrscheinlich seyn würde, und wenn er nicht zum Voraus auf zweckdienliche Mittel gedacht hat, um die Schwierigkeiten, welche sich einer Vereinigung entgegensetzen können, z. B. wenn der Vermögenszustand des Schuldners nicht ganz bestimmt und deutlich vorgelegt werden kann, wenn kein baares Geld vorhanden ist und die Güter nicht vortheilhaft verkauft werden können u. s. w., zu entfernen 1).

Man hat sogar, aus höchst miſsverstandenen und eigentlich bey uns gar nicht so geradezu anwendbaren römischen Gesetzen 2) bey den meisten Gerichten als Rechtssatz angenommen, daſs die abgeneigten Gläubiger eines, durch erweiſsliche Unglücksfälle bedrängten Schuldners zu der Eingehung eines Nachlaſsvertrages selbst g e z w u n g e n werden dürften, sobald die, nach der Gröſse der Forderungen und, bey gleichen Forderungen, nach der Zahl der Personen zu berechnende Majorität der Gläubiger 3) überein gekommen

1) Man sehe *Happel* a. a. O. S. 102. folg. und *Claproth* in den summ. Processen §. 352.

2) ll. 14. fr. 7. §. 19. Man sehe *Happel* a. a. O. §. 128. folg.

3) ll. 14. fr. 8. 9.

wäre. Indessen sind doch immer die hypothekarischen Gläubiger, in so ferne ihre Hypothek zu ihrer Befriedigung hinreicht, von der Verbindlichkeit, der für den Nachlaſs stimmenden Majorität sich anschlieſsen zu müssen, befreyt 1) und überhaupt wird man es als Pflicht des Richters anerkennen müssen, darüber zu wachen, daſs nicht, unter dem Deckmantel des angeführten, durch den Gerichtsgebrauch sehr allgemein geheiligten Rechtssatzes, die empörendsten Ungerechtigkeiten begangen und die Rechte der Gläubiger, durch Collusionen einzelner aus ihrer Mitte mit dem Schuldner, aufgeopfert werden 2).

§. 250.

Uebergang zum wirklichen Concursprocesse.

Ist der Versuch zur Güte fruchtlos geblieben, so wird nun der wirkliche Concursproceſs eingeleitet. Da von diesem Augenblicke an die ganze, nun unter die Gläubiger zu vertheilende Vermögensmasse gänzlich von dem Schuldner getrennt werden soll (§. 246.), eine solche totale Veränderung des Verhältnisses zwischen Gläubigern und Schuldner aber keineswegs ipso jure eintreten kann, so ist es nothwendig, daſs der Richter, mittelst eines eigenen Bescheides, durch welchen dem Schuldner alle fernere Verfügungen über sein Vermö-

1) ll. 14. fr. 10.

2) Man sehe *Happel* a. a. O. §. 167. folg.

gen förmlich verboten werden 1), diese Eröffnung des nun rechtlich begründeten Concursprocesses decretire 2) und sodann gleich zu den ersten, durch die Natur dieses aufserordentlichen Verfahrens nothwendig gemachten Handlungen übergehe.

Welches diese ersten Handlungen seyen, läfst sich im Allgemeinen nicht wohl bestimmen. Man kann zwar, da der Zweck des Concursverfahrens (§. 246.) nur alsdann erreicht werden kann, wenn a) das dem Schuldner nun abgenommene Vermögen (Concursmasse) auf das genaueste ausgemittelt und bis zu der Vertheilung verwaltet und b) mit vollkommener Gewifsheit bestimmt worden ist, wer und was für rechtliche Ansprüche ein jeder

1) Provisorisch kann, bey hoher Wahrscheinlichkeit der Insolvenz des Schuldners, das Verbot aller, nicht zu der nothwendigen Vermögensverwaltung gehörenden Dispositionen desselben über sein Vermögen, auch schon vor eröffnetem Concursprocesse, bey der nothwendigen Präliminaruntersuchung, ergehen, — alsdann ist aber Beschleunigung dieser vorbereitenden Handlungen um so heiligere Pflicht, je gewisser es ist, dafs polizeyliche Rücksichten es verlangen, dafs das Verhältnifs eines Menschen zu dem von ihm besessenen Vermögen nicht lange ein Geheimnifs bleibe, sondern, so bald als möglich, auch Dritte aufmerksam gemacht werden, um sich vor Schaden hüten zu können.

2) Einem gegen diesen Bescheid ergriffenen Rechtsmittel mufs, in Ansehung des Veräusserungsverbotes, die Suspensivkraft gänzlich abgesprochen werden.

an dieses zu vertheilende Vermögen aufweisen könne, nicht nur 1. mit vollem Rechte behaupten, dafs alle, bis zu dem, die wirkliche Vertheilung des unzulänglichen Vermögens bestimmenden richterlichen Erkenntnisse (Locationsurtheile), in dem Concursprocesse vorkommenden Handlungen darauf berechnet seyn müssen, die beyden angeführten nothwendigen Mittel zu dem Zwecke des Verfahrens herbeyzuführen, sondern man kann auch 2. eben so bereitwillig zugeben, dafs die Versiegelung und Inventarisation des Vermögens, und die öffentliche Aufforderung aller Gläubiger die ersten nothwendigen Schritte seyen, welche den Richter zu der Erreichung der angegebenen Zwecke mit Sicherheit leiten können; allein darum werden dennoch weder jene Versiegelung und Inventarisation, noch diese öffentliche Aufforderung *immer* als die ersten Handlungen des Richters nach eröffnetem Concursprocesse betrachtet werden können.

Da nämlich alle diese Handlungen auch schon vor eröffnetem Concursprocesse, als nothwendige Präliminarhandlungen des Richters, vorkommen können (§. 248.), so leuchtet ein, dafs alsdann mit dem Anfange des Concursprocesses nur auf dem, durch diese Schritte schon betretenen Wege weiter fortgefahren werden dürfe, und dafs mithin keine dieser Handlungen in allen Fällen ein sicheres Kennzeichen der, durch den Anfang des Concursprocesses nothwendig begründeten gänzlichen Veränderung in dem Verhältnisse des Gemeinschuldners zu seinem Vermögen sey.

Dennoch bedarf es eines solchen Zeichens, wodurch dem Dritten, damit er sich vor ungültigen Verträgen hüten könne, die Unfähigkeit des Gemeinschuldners über sein bisheriges Vermögen zu verfügen, kenntlich wird 1). Es wird daher in solchen Fällen, wo die Edictalladung der Gläubiger dem Anfange des Concursprocesses vorausgeht, für polizeylich nothwendig gehalten werden müssen, dafs der Richter entweder sogleich mit der Edictalladung an Alle die Warnung ergehen lasse, sich vor der Hand mit dem Schuldner in keine Verträge oder andere auf das Vermögen desselben Bezug habende Geschäfte einzulassen 2), oder dafs er nachher öffentlich bekannt machen lasse, dafs nun der wirkliche Concursprocefs erkannt worden sey 3).

1) Man sehe *von Almendingen* über den materiellen und formellen Concurs der Gläubiger.

2) Dieser Schritt ist indessen sehr bedenklich, weil die, von demselben unzertrennliche Erzeugung des Mifstrauens gegen den Schuldner leicht den noch nicht vorhandenen Zustand der Insolvenz erzeugen kann, und nur wo der Richter Gewifsheit hätte, dafs dieses nicht erfolgen könne, würde ich ihn erlauben.

3) Dieses ist die gewöhnlichere und zweckmäfsigere Verfahrensart.

§. 251.

Von dem Verfahren nach eröffnetem Concursprocesse selbst.

Einrichtung dieser Abhandlung.

Alle in dem Concursprocesse, bis zu dem, die Vertheilung der Concursmasse bestimmenden Urtheile, vorkommenden Handlungen müssen, nach dem Zwecke dieses Verfahrens (§. 246. 250.), nothwendig entweder auf die Feststellung und Verwaltung der zu vertheilenden Vermögensmasse, oder auf die Ausmittelung der rechtlichen Ansprüche der Gläubiger an diese Masse gerichtet seyn. Es würde ohne Zweifel eine höchst unnöthige Verzögerung des Processes seyn, wenn der Richter für die Erreichung des einen dieser, für den Zweck des Verfahrens nothwendigen Mittel erst alsdann thätig seyn wollte, wenn er das andere schon in seinem ganzen Umfange erreicht hätte, man kann daher mit Recht behaupten, dafs der Richter seine Thätigkeit zu gleicher Zeit nach den beyden angegebenen Richtungen hin erstrecken müsse; demohngeachtet aber wird es zweckmäfsiger seyn, in einer Theorie des Concursprocesses die einzelnen zur Feststellung und Verwaltung der Concursmasse nothwendigen Geschafte in der Ordnung, wie diese unter sich auf einander folgen müssen, abgesondert von denjenigen zu betrachten, welche zur Ausmittelung der rechtlichen Ansprüche der Gläubiger vergenommen werden müssen, denn die Ordnung, in welcher von

Geschäften, welche auf diesen Zweck abzielen, zu Geschäften, welche auf jenen Zweck berechnet sind, übergegangen werden mufs, ist nirgends bestimmt, und kann nirgends fest bestimmt werden, weil hier zu viel auf die, aus den Bestimmungen der einzelnen Fälle hervorgehende Nothwendigkeit der mehreren oder minderen Beschleunigung der einzelnen Geschäfte ankömmt. Gewifs wird auch der Richter, welcher sich der Mittel zu den Zwecken, die er erreichen soll, deutlich bewufst ist und es sich zur Pflicht macht, mit angestrengter Thätigkeit beyde Zwecke auf die möglichst geschwindeste Art, jedoch ohne Uebereilung, zu erreichen, nicht über diese bestimmtere Anordnung der einzelnen Handlungen in Verlegenheit kommen können.

Dafs einzelne, zu der Erreichung der angegebenen Zwecke nothwendige Handlungen manchmal als Präliminarhandlungen des Richters, vor wirklich erkanntem Concursprocesse, vorkommen können, wurde schon oben bemerkt; indessen werden diese Handlungen nun dennoch hier behandelt werden müssen.

I. *Von der Ausmittelung und Verwaltung der Concursmasse.*

§. 252.

Nothwendigkeit einer besonderen Rücksicht auf die Gröfse und Beschaffenheit des Vermögens des Schuldners zur Bestimmung der für den angegebenen Zweck nothwendigen Handlungen.

Der Schuldner soll von dem Augenblicke

an, wo der förmliche Concursprocefs angefangen hat, alles Verfügungsrecht über sein bisheriges Vermögen verlieren und dieses Vermögen selbst soll, zur rechtlichen Vertheilung unter die Gläubiger, als abgetreten betrachtet werden. Es ist deswegen nothwendig, dafs von diesem Augenblicke an, da das blofse Veräufserungsverbot, wenigstens in Ansehung der Mobilien, den Gläubigern nicht hinlängliche Sicherheit gewähren kann, das Vermögen dem Schuldner wirklich entzogen werde. Nun kann es aber doch nicht auf der Stelle den einzelnen Gläubigern übergeben werden, weil die Bestimmung des Antheils, welcher jedem von diesen gebührt, nur das Resultat des geendigten Concursprocesses seyn kann. Es ist daher nothwendig, dafs von dem Richter Anstalten getroffen werden, damit nicht nur die einzelnen Vermögenssstücke, zur Möglichkeit einer vollständigen Verzeichnung derselben, sicher verwahrt werden, sondern damit auch die ganze Vermögensmasse während der Zeit, wo weder dem Schuldner die Verwaltung derselben länger gelassen, noch auch dieselbe schon unter die einzelnen Gläubiger vertheilt werden kann, nicht ohne eine zweckmäfsige Verwaltung sey. Um zu diesen Zwecken die gehörigen Mittel zu wählen, mufs der Richter nothwendig die Gröfse und Beschaffenheit der Concursmasse erwägen, indem es von selbst einleuchtet, dafs manches Mittel, welches bey einer beträchtlichen Masse als nothwendig erscheinen wird, bey einer minder beträchtlichen sehr unnütz, oft schädlich seyn

müsse. — So wird die Bestellung eines besondern Verwalters der Masse (curatoris bonorum), bey einem beträchtlichen verschuldeten Vermögen, dessen Verwaltung Zeit und ökonomische Kenntnisse erfordert, nothwendig seyn, bey einem unbeträchtlichen Vermögen hingegen würde dadurch ohne allen Grund den Gläubigern ein Theil des Ihrigen entzogen werden. Die Anwendung auf andere Handlungen wird sich eben so leicht machen lassen.

Es mufs daher, bey der folgenden Betrachtung der einzelnen, in dem Concursprocesse zu dem angegebenen Zwecke vorkommenden Handlungen nicht vergessen werden, dafs eine beträchtliche Concursmasse vorausgesetzt wird, und dafs daher der Richter bey minder beträchtlichen Concursen nicht an Handlungen gebunden ist, von welchen bey diesen Umständen kein Nutzen nachgezeigt werden kann.

§. 253.

Versiegelung des Vermögens des Schuldners.

Da bey einem einigermafsen beträchtlichen Vermögen unmöglich sogleich alle Mobilien, zur Verfertigung eines vollständigen Verzeichnisses, aus der Wohnung des Schuldners genommen, und an einem dritten Orte verwahrt werden können, so mufs hier durch ein anderes Mittel dafür gesorgt werden, dafs, weder durch die Handlungen des Schuldners, noch durch sonst irgend jemand, etwas abhanden kommen könne. Ein solches Mittel, wodurch die Mo-

bilien des Schuldners, selbst in der Wohnung desselben, in gerichtliche Verwahrung gebracht werden können, ist die Versiegelung (obsignatio judicialis). Diese geschieht, indem der Richter (oder die Gerichtsdeputation, welche hierzu den Auftrag erhalten hat) alle Mobilien, in Ansehung welcher es geschehen kann, in Stuben oder Kammern, oder, wo keine solche entbehrt werden können, in andre wohlverwahrte Behältnisse bringen läſst, und nun an diese Aufbewahrungsorte, so wie an die gröſseren Mobilien, welche zu den übrigen nicht gebracht werden können, auf eine solche Art die gerichtlichen Siegel anlegt, daſs eine Benutzung irgend eines dieser Vermögensstücke nicht, ohne Verletzung der Siegel, geschehen kann. — Der Richter muſs bey diesem Acte mit der gröſsten Sorgfalt zu Werke gehen, damit kein Schaden für die Concursmasse entstehen könne. Er muſs daher 1. von dem Schuldner sowohl und seinen Angehörigen als auch von den übrigen Hausgenossen eine genaue Anzeige von allem, was zu der Masse gehört, so wie sie dieselbe eidlich zu erhärten gedächten, verlangen. Er darf 2. dem Schuldner und den Seinigen, ausser den unentbehrlichen Kleidungsstücken und Nahrungsmitteln auf einige Tage, nur alsdann einiges Hausgeräthe zum Gebrauche überlassen, wenn eine genügende Caution durch Bürgen auf der Stelle geleistet werden kann. Er muſs ferner 3. diejenigen Vermögensstücke, welche nicht versiegelt werden dürfen (z. B. das Vieh), bestimmt aufzeichnen, und die nothwendigen

Anstalten treffen, dafs diese Vermögensstücke der Masse erhalten werden, und eben so 4. nicht nur überhaupt dafür besorgt seyn, dafs die bis zur Entsiegelung mangelnde Aufsicht in keiner Rücksicht einen Nachtheil bringen könne, sondern auch in Ansehung solcher Sachen, welche in kurzer Zeit verderben und eben darum vielleicht noch eher, als die übrigen, veräufsert werden müssen, die Veranstaltung treffen, dafs dieselben sogleich aufgezeichnet und an einen besonderen Ort, zur Vermeidung von Unordnungen, zusammengestellt werden. In Ansehung der Baarschaften und auf das Vermögen Bezug habenden Papiere wird der Richter sicherer handeln, wenn er sie (letztere in versiegelten Päckchen) zur Verwahrung in dem Gerichte mitnehmen läfst. — Ein genaues, über den ganzen Act zu fertigendes Protocoll mufs den vollständigen Beweis der, in jeder Rücksicht angewendeten richterlichen Sorgfalt enthalten.

§. 254.

Bestellung eines Verwalters der Masse.

Da von dem Augenblicke an, wo das Vermögen des Gemeinschuldners in gerichtliche Verwahrung kömmt, auch für die Verwaltung desselben von dem Gerichte gesorgt werden mufs (§. 252.), diese Verwaltung aber nicht selten von der Art ist, dafs sie von dem Gerichte nicht füglich unternommen werden kann, so mufs nun der Richter sogleich für die Be-

stellung eines Verwalters (curatoris bonorum) 1) besorgt seyn, wenn er sich nicht der Gefahr aussetzen will, für jeden, durch den Mangel einer zweckgemäſsen Verwaltung, der Masse gestifteten Schaden unmittelbar von den Gläubigern in Anspruch genommen zu werden.

Da die zu verwaltende Concursmasse als eventuelles Eigenthum dsr einzelnen Gläubiger zu betrachten ist, so ist es rathsam, daſs der Richter über die Person des zu bestellenden Güterpflegers die Gläubiger höre, und wenn diese irgend ein tüchtiges 2) Subject vorschlagen, diesem die Verwaltung der Masse, nach bestellter genügender Caution durch Bürgen oder Pfänder, vermöge eines darüber auszufertigenden Curatoriums 3), übertrage und denselben deshalb beeidige. Weil aber nicht immer zu der Zeit, wo die Bestellung des Güterpflegers nothwendig wird, schon alle Gläubiger gehört werden können, so kann jene Rücksicht den Richter nicht hindern, wenigstens durch die Bestellung eines interimistischen Güterpflegers, für die Sicherheit der Masse zu sorgen.

1) Manchmal auch mehrerer, wenn, der Beschaffenheit des Vermögens nach, einer nicht genügt.

2) Ein solches kann der Gemeinschuldner selbst nicht seyn.

3) Statt eines förmlichen curatorii pflegt häufig ein bloſser Auszug des, über die Bestellung gefertigten Protocolls dem Güterpfleger eingehändigt zu werden.

Die Pflichten des Verwalters der Concursmasse sind übrigens vollkommen dieselben, welche jedem gerichtlich bestellten Verwalter eines fremden Vermögens obliegen 1); und es ist wohl zu bemerken, dafs auch in solchen Fällen, wo das Gericht keinen besonderen Verwalter bestellt, die Grenzen der Verantwortlichkeit des Gerichts einzig und allein aus dieser Quelle abgeleitet und keineswegs mit den Grenzen der Verantwortlichkeit eines blofsen Depositärs für identisch gehalten werden können 2).

§. 255.

Berichtigung der Concursmasse.

Sobald das Vermögen des Schuldners unter gerichtliche Verwaltung gekommen, und, wo es nöthig ist, für die Verwaltung desselben gesorgt worden ist 3), — mufs es nun als das dringendste Geschäfte betrachtet werden, durch eine genaue Aufzeichnung aller einzelnen Vermögensstücke, deren Inbegriff die Concursmasse bildet, die Stärke des zu ver-

1) Man sehe *Happel* a. a. O. Abschn. 3.

2) *Gönner* Erörter. n. XLIV.

3) Zu dieser Verwaltung gehört auch die Sorge für die alsbaldige Versteigerung derjenigen Vermögensstücke, welche, ohne Gefahr des Verlustes, nicht bis zu der Versteigerung der übrigen aufbewahrt werden können.

waltenden und unter die Gläubiger zu vertheilenden Vermögens mit der gröfsten Bestimmtheit auszumitteln 1). Dafs zu diesem Ende, wenn die in der Wohnung des Schuldners unter dem gerichtlichen Siegel befindlichen Mobilien aufgezeichnet werden sollen, diese Siegel, nach vorheriger Anerkennung der Unverletztheit, abgenommen und bey der jedesmaligen Entfernung des Richters (oder der Gerichtsdeputation) aus der Wohnung des Schuldners wieder angelegt werden müssen, bedarf kaum einer Erwähnung. Eben so ergiebt es sich aus dem Zwecke dieses Verzeichnisses, dafs vor der Verfertigung desselben alle zu der Masse gehörende Stücke, welche sich etwa in fremden Händen befinden sollten, sorgfältig durch zweckdienliche Mittel eingetrieben, alles zu der Masse nicht gehörende hingegen, was sich in den Händen des Schuldners befinden sollte, von derselben abgesondert werden müsse 2). — Es versteht sich, dafs, wenn ein Verwalter der Masse schon bestellt worden ist, dieser durch genaue Nachforschungen nach dem eigentlichen Zustande des Vermögens des Schuldners, für die genaue Ausmit-

1) Die Einrichtung des Inventariums wird in einer Theorie des Verfahrens in Fällen der freywilligen Gerichtsbarkeit gelehrt.

2) Wo dieses zweifelhaft bleibt, wird das in den Händen des Schuldners befindliche Vermögensstück am besten in das Inventarium eingetragen und der vorhandene Zweifel dabey bemerkt.

telung der Concursmasse mit angestrengter Thätigkeit besorgt seyn müsse.

§. 256.

Veräufserung des, nicht in baarem Gelde bestehenden Vermögens des Schuldners.

Nach der Verfertigung des Güterverzeichnisses wird zu der Veräufserung aller, nicht in baarem Gelde bestehenden Vermögensstücke des Schuldners, über welche diesem die freye Disposition zugestanden hatte, geschritten, welches nicht nur zur Vermeidung drückender Administrationskosten für nützlich, sondern auch, zur Möglichkeit einer richtigen Vertheilung der Masse unter die Gläubiger, für nothwendig gehalten werden mufs. — Diese Veräufserung mufs nothwendig eine öffentliche, unter gerichtlichem Ansehen zu vollziehende (Auction oder Subhastation) seyn, in so ferne nicht durch den übereinstimmenden Willen der Gläubiger selbst der Verkauf einzelner Stücke aus der Hand vorgezogen wird. Ueber den Act der Versteigerung mufs in dem, zu derselben angesetzten Termine ein Protocoll, nach der Ordnung des Güterverzeichnisses, geführt werden. Güter, welche nicht bis auf den taxirten Werth gesteigert werden, dürfen, ohne Einwilligung der Gläubiger, nicht zugeschlagen, sondern müssen, wenn die Gläubiger kein anderes Auskunftmittel wählen, bey der Vertheilung einem der Gläubiger (insbesondere demjenigen, welchem sie verpfändet sind), gegen den taxirten Werth zugerechnet werden.

Das Geld, welches für die veräusserten Güter einkommt, wird gerichtlich niedergelegt, in so ferne nicht die Beschaffenheit des Concursprocesses eine Verwaltung desselben zum Nutzen der Masse, bis zu der vielleicht noch weit entfernten Beendigung des Verfahrens, nothwendig macht.

II. *Von der Ausmittelung der rechtlichen Ansprüche der Gläubiger.*

§. 257.

Ladung der Gläubiger.

Damit die Concursmasse unter alle diejenigen, welche an dieselbe gegründete Ansprüche haben, nach der Ordnung, welche die Qualität dieser Ansprüche, den Gesetzen gemäfs, bestimmt, vertheilt werden könne, ist es unumgänglich nothwendig, zu wissen, nicht nur w e r Ansprüche an die Masse erweisen könne, sondern auch von welcher Beschaffenheit diese Ansprüche seyen. Es mufs daher nothwendig ein Verfahren eingeleitet werden, welches allen Gläubigern des Gemeinschuldners Gelegenheit giebt, ihre gegründeten Forderungen 1) an die Masse zu erweisen (liquidiren). Dieses geschieht, indem die Gläubiger zu diesem Ende

2) Ich sage rechtliche Forderungen, oder Ansprüche; denn nicht blofs diejenigen, welche dem Schuldner Geld vorgeschossen haben, sind Theilhaber an der Masse.

auf einen bestimmten Termin 1) vorgeladen werden. An die bekannten Gläubiger 2) muſs deshalb eine Privatladung (von welcher jedoch an alle an einem Orte befindlichen nur ein Exemplar ausgefertigt und durch Umlauf mitgetheilt wird) erlasssn werden. Weil man aber nicht wissen kann, ob diese bekannten Gläubiger alle Gläubiger seyen, so ist es nothwendig, auch eine öffentliche Ladung, (§. 128.) auf die, nach den Umständen, zweckgemäſseste Art, zu erlassen. In beyden Ladungen muſs derselbe Termin (nach den Umständen bald kürzer bald weiter) anberaumt, in beyden muſs die Ursache der Ladung 3) und der Zweck derselben 4) bestimmt angegeben,

1) Eine Frist, binnen welcher die Gläubiger sich melden sollen, anzusetzen, ist sehr schädlich.

2) D. h. an diejenigen, welche der Schuldner selbst schon angegeben hat, oder welche schon als Kläger gegen denselben aufgetreten sind.

3) Wird darum die Edictalladung vor erkanntem Concursprocesse, als eine Präliminarhandlung erlassen, so muſs diese Ursache ebenfalls ausgedrückt werden. Es ist aber, um eine nachherige Wiederholung der Edictalladung zu ersparen, rathsam, alsdann zugleich zu erklären, daſs, wenn das Vermögen unzulänglich würde befunden werden, ohne eine weitere Edictalladung, der Concursproceſs erkannt und die Nichterschienenen von der Masse ausgeschlossen werden würden. Nur muſs alsdann aus dieser vorläufigen Erklärung nicht eine zu schädliche Katastrophe für die Verhältnisse des Schuldners, wenn derselbe noch nicht concursmäſsig seyn sollte, zu befürchten seyn.

4) Man darf hierbey nicht zu kurz seyn, sondern namentlich angeben: daſs jeder die Urkunden, oder

in beyden endlich den Nichterscheinenden angedroht werden, daſs sie von der Masse ausgeschlossen werden würden 1).

§. 258.

Bestellung eines Contradictors.

Da mit dem erkannten Concursprocesse dem Gemeinschuldner nothwendig das Recht, über sein bisheriges, izt die Concursmasse bildendes Vermögen nach Belieben zu verfügen, entzogen wird, und mithin, der im §. 78. vorgetragenen Regel entgegen, nur solche Ansprüche der Gläubiger an die Concursmasse von dem Richter berücksichtigt werden dürfen, von deren Rechtlichkeit ihm auf einem anderen Wege, als durch das blofse Zugeben des Schuldners nach ausgebrochenem Concursprocesse 2), juridische Ueberzeugung verschafft werden kann, da ferner der seines Vermögens entsetzte Gemeinschuldner nicht ein-

andere Beweismittel zugleich anzuzeigen und vorzulegen bereit seyn, etwa auch: sich auf Vergleichsvorschläge gefaſst machen solle u. s. w.

Für die Auswärtigen ist anzumerken, daſs sie den etwa zu schickenden Bevollmächtigten mit ordnungsmäſsigen Vollmachten versehen müſsten.

1) Die Androhung: unter Vermeidung der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, oder: daſs dem Nichterscheinenden ewiges Stillschweigen aufgelegt werden würde, ist lächerlich.

2) Eine Ausnahme dürften solche kleine Forderungen machen, in Ansehung welcher in dem gemeinen Leben sich der Gläubiger keine besondere Beweismittel zu verschaffen vermag.

mal gerichtlich zur Vertheidigung gegen die an die Concursmasse gebildeten Ansprüche der Gläubiger auftreten darf 1); — so folgt, daſs entweder der Richter von Amtswegen für die Aufrechthaltung der Gerechtsame, welche dem Gemeinschuldner gegen die, ihn in Anspruch nehmenden Gläubiger zugestanden haben würden, thätig seyn, oder zu diesem Geschäfte einem andern tüchtigen Manne den Auftrag ertheilen müsse. Das erstere kann, andrer abrathenden Gründe nicht zu gedenken, bey einer einigermaſsen beträchtlichen Concursmasse nicht leicht geschehen; — mithin wird in der Regel zu dem letzteren geschritten werden müssen. Eine zu diesem Zwecke von dem Richter bestimmte Person 2), welcher die Curatel in Ansehung der, durch das Anbringen der Forderungen der Gläubiger, entstehenden Rechtsstreitigkeiten übertragen wird, pflegt mit dem Namen des Contradictors (curatoris ad lites) bezeichnet zu werden. Der Richter ist bey der Uebertragung dieses Amtes weder an die Vorschläge des Gemeinschuldners, noch an die der Gläubiger gebunden, nur muſs er einen tüchtigen Mann wählen, welches nicht leicht einer der Gläubiger, wohl aber der Verwalter der Concursmasse seyn kann 3). Sehr räthlich ist es, die Wahl eines solchen Curators nicht zu lange

1) IV. 8. fr. 17. XXVIII. 8. fr. 7. §. 2.

2) Nach Umständen können auch wohl mehrere Curatoren erfordert werden. Daher der Unterschied in General- und Special-Contradictoren.

3) Nöthige Rücksichten hierbey.

zu verschieben, damit der Gewählte noch vor dem Liquidationstermine, durch die Untersuchung der Papiere des Gemeinschuldners und auf andern denkbaren Wegen, genaue Erkundigungen einziehen, und dadurch sich in den Stand setzen könne, seine Obliegenheit in ihrem ganzen Umfange zu erfüllen.

§. 259.

Liquidationstermin. Liquidation der Forderungen.

In dem angesetzten Liquidationstermine selbst bringen die erschienenen Gläubiger ihre Forderungen, in der Form von Implorationen (§. 230.), entweder schriftlich vor, oder geben dieselben (was das gewöhnlichste ist) zu Protocoll 1). Die Richtigkeit einer jeden dieser Forderungen in ihrem ganzen Umfange ist, von diesem Augenblicke an, der Gegenstand der gerichtlichen Verhandlung zwischen dem Fordernden und dem Contradictor. So viele einzelne Forderungen, so viele einzelne Rechtsstreitigkeiten, welche aber, aus dem im §. 225. angegebenen Grunde, alle nach den allgemeinen 2) Regeln des summarischen Processes behandelt werden müssen. Vor dem erkannten Concursprocesse schon anhängige Rechtsstrei-

1) Am besten wird über jede einzelne angebrachte Forderung ein besonderes Protocoll entworfen.

2) Denn die Natur des Concursprocesses schliefst die besonderen summarischen Procefsarten aus. Doch lassen sich wohl bestimmte interimistische Verfügungen des Richters auch in dem Concursprocesse rechtfertigen.

tigkeiten zwischen den Gläubigern und dem Schuldner werden nun (§. 247.) zwischen jenen und dem Contradictor in dem Zustande fortgesetzt, in welchem sie sich zur Zeit des eröffneten Concursprocesses befanden, nur muſs die Proceſsart, nach welcher sie bisher verhandelt wurden, in so ferne dieselbe mit dem Concursprocesse nicht verträglich ist, eine Abänderung leiden.

In Ansehung aller derjenigen Gläubiger, welche, der Ladung ohnerachtet, in dem angesetzten Liquidationstermine nicht erschienen sind, muſs die in der Ladung geschehene Drohung in Erfüllung gebracht, und dieselben, durch ein von dem Richter zu erlassendes Präclusivdecret, mit ihren Forderungen an die Concursmasse ausgeschlossen werden 1). Es gehört zu den Pflichten des Contradictors, die Erlassung dieses Decrets von dem Richter in dem Liquidationstermine zu verlangen 2).

§. 260.

Prioritätsverfahren.

Die erwiesenen Forderungen der Gläubiger an die Concursmasse sollen aus dieser nach

1) Gegen dieses kann aber natürlicher Weise Wiedereinsetzung in den vorigen Stand Statt finden.

2) Von den Vortheilen, welche es gewähren kann, wenn der Richter in dem Liquidationstermine die Gläubiger zur Ernennung eines engeren Ausschusses veranlaſst.

*) Von der nothwendigen Aufsicht des Richters über den Contradictor — und den besten Mitteln, denselben von Verzögerungen des Verfahrens zurückzuhalten.

der Ordnung befriedigt werden, welche ihnen die Gesetze anweisen. Damit der Richter diese Ordnung bestimmen könne, genügt es nicht, die Forderungen selbst zu erweisen, sondern es müssen auch die nicht immer in der Natur der Forderungen an und für sich liegenden Gründe, um welcher willen die Gesetze denselben den Vorzug vor anderen ertheilen, entwickelt werden. Da die hierzu von den Gläubigern vorzubringenden Angaben eben so gut Gegenstand eines Beweises seyn können, wie diejenigen, von welchen die Richtigkeit der Forderungen abhängt, so muſs ein Verfahren über die Priorität nicht minder nothwendig, wie ein Verfahren über die Liquidität, erscheinen.

Dieses Verfahren wird am besten dadurch eingeleitet, daſs man, nach dem Liquidationstermine 1), sämmtliche Gläubiger, welche sich gemeldet haben, durch eine Currentcitation, auf einen bestimmten Termin peremtorisch vorladet, um ihre allenfallsigen Anträge in Ansehung eines zu verlangenden Vorzugsrechtes anzubringen.

Ueber diese Anträge findet alsdann zwischen demjenigen, welcher sie macht und denjenigen 2), vor welchen derselbe den Vorzug

1) Es ist nicht rathsam, das Prioritätsverfahren gleich in dem Liquidationstermine einleiten zu wollen, denn erst durch diesen Termin kann jeder erfahren, vor welchem er den Vorzug verlangen könne.

2) Prioritätsstreitigkeiten gehen immer nur einzelne, nicht alle an. Darum ist der ehemals von mir selbst gebil-

verlangt, wenn diese das verlangte Vorzugsrecht bestreiten wollen, ein nach den allgemeinen Regeln des summarischen Processes einzurichtendes Verfahren Statt, nach dessen Beendigung die Sache als zum Spruche instruirt erscheint.

III. *Von dem entscheidenden richterlichen Urtheile und der Vollstreckung desselben.*

§. 261.

Von dem Locationsurtheile.

Sobald alle in dem Concursverfahren vorkommenden einzelnen Rechtsstreitigkeiten (§. 259. 260.) so weit gediehen sind, daſs wenigstens ein bedingtes endliches Erkenntniſs 1) möglich ist, so muſs nun der Ricter

ligte Vorschlag, dem Contradictor das Verfahren gegen die, ein Vorzugsrecht Verlangenden ex officio aufzutragen, nicht zweckmäſsig. In Ansehung des Erkenntnisses über den Kostenpunkt zeigt sich dieses vorzüglich wichtig.

1) Hierunter ist vorzüglich ein endliches Erkenntniſs unter der Bedingung einer vorherigen Ableistung des Erfüllungseides zu verstehen, es können indessen in dem Locationsurtheile auch Bescheinigungen von einzelnen Umständen zur Bedingung des endlichen Erkenntnisses gemacht werden, was in andern Verfahren nicht geschiehet, hier aber darum öfters geschehen muſs, weil es unzweckmäſsig seyn würde, die Location aller übrigen Gläubiger länger aufzuschieben, weil vielleicht einer, oder einige noch ein paar Beweishandlungen vorzunehmen haben.

ohne Verzug dazu schreiten, über jede in dem Concursprocesse vorkommende Frage in einem Urtheile seine Entscheidung bekannt zu machen. Die beste Einrichtung dieses Urtheils scheint diese zu seyn: 1. Zuerst werden die Verfügungen, welche in Ansehung des Ganges des Concursprocesses z. B. zur Sicherung der Concursmasse u. d. gl. etwa noch nothwendig seyn sollten, angegeben. 2. Hierauf wird bestimmt, was von der unter die Gläubiger zu vertheilenden Masse vor allen Dingen abgesondert werden müsse, wohin a) die Forderungen derjenigen, welchen ein Absonderungsrecht zusteht, und b) die zum Besten des Ganzen entstandenen Kosten gehören. Endlich 3. werden die einzelnen Gläubiger, der ihren Forderungen zustehenden Priorität gemäfs, nach fortlaufenden Nummern 1), mehrere gleich Bevorzugte aber unter derselben Nummer 2), aufgeführt und dadurch die Ordnung bestimmt, in welcher sie ihre Befriedigung aus der Masse verlangen können. Von diesem wichtigsten Theile des Urtheils erhält dasselbe die Benennungen: Locations-Prioritäts-Classifications-Collocations-Designationsurtheil. Kann die einem Gläubiger angewiesene Stelle demselben nur bedingt zuerkannt werden, so mufs diese Bedingung nothwendig zugleich angegeben werden, aufserdem

1) Gewöhnlich werden die einzelnen Classen nicht namentlich angegeben, wiewohl die Location strenge nach denselben eingerichtet werden mufs.

2) Dieses gilt von der fünften Classe durchaus.

aber enthält die blofse Stellung der Gläubiger immer die bestimmteste Entscheidung sowohl über die Liquidität als auch über die Priorität ihrer Forderungen. Den Schlufs macht das Erkenntnifs über diejenigen Kosten, welche nicht von der Concursmasse bestritten werden müssen 1).

Das Locationsurtheil wird, wie jedes andere, in dem dazu angesetzten Termine eröffnet. Es kann auch gegen dasselbe, wie gegen jedes andere Urtheil, eines der von den Gesetzen anerkannten Rechtsmittel, sowohl von dem Contradictor, als auch von den Gläubigern, welche sich für beschwert halten, ergriffen werden, wodurch jedoch der weitere Fortgang des Verfahrens, nach Mafsgabe des Locationsurtheils, in Ansehung der durch das eingewendete Rechtsmittel nicht angegriffenen Punkte, keineswegs aufgehalten werden kann.

§. 262.

Von der Erleichterung der Arbeit des Richters durch eine zweckgemäfse Anordnung der Acten.

Bey weitläufigen Concursacten ist es öfters keine leichte Arbeit, ein durchaus richtiges Locationsurtheil zu entwerfen, wenn der Con-

1) Dahin gehören vorzüglich die Kosten der Prioritätsstreitigkeiten, in so ferne dieselben nicht mit den chirographarischen Gläubigern geführt worden sind. Die Liquidationskosten aber können, wenn die Universalität des Concursprocesses nicht Ungerechtigkeit werden soll, nicht mit jenen aus demselben Gesichtspunkte betrachtet werden.

cursrichter nicht, durch eine zweckgemäſse Anordnung der Acten, für die Erleichterung der Arbeit des Urtheilsverfassers besorgt gewesen ist. Es bleibt alsdann dem Urtheilsverfasser nichts übrig, als, durch künstliche, auf die Separationsmethode 1) berechnete Privatextracte (§. 151. 152.), sich in den Acten gehörig zu orientiren und dadurch die nothwendige Ordnung in seine Kenntniſs der nicht geordneten Acten zu bringen. — Sind hingegen die Concursacten selbst zweckmäſsig geordnet, so kann die Verfertigung eines Locationsurtheils zwar wohl als eine zusammengesetztere, aber keineswegs als eine schwerere Arbeit, wie die eines jeden andern Urtheils, betrachtet werden. Die zweckgemäſseste, jedoch immer nur in concreto zu beurtheilende Art der Anordnung der Concursacten scheint mir diese zu seyn: daſs man über alle die verschiedenartigen, in dem Concursprocesse vorkommenden Haupthandlungen (z. B. Contistuirung der Concursmasse, die Bestellung der Administratoren und des Contradictors, die Veräuſserung der Masse, die Vorladung der Gläubiger, die Liquidation der Forderungen u. s. w.) besondere, gehörig rubricirte und mit fortlaufenden Nummern bezeichnete Actenbunde fertigt, in den für die Liquidation der Forderungen und für die Prioritätsstreitigkeiten bestimmten Actenbunden aber wieder eben so viele einzelne besondere, gehörig rubricirte und mit der

1) Von den zu separirenden Punkten bey Relationen aus Concursacten.

Nummer des Hauptactenbundes und fortlaufenden Buchstaben bezeichnete Specialactenbunde macht, als einzelne Forderungen liquidirt, oder einzelne Prioritätsstreitigkeiten angebracht worden sind 1). Für den Zusammenhang und die Uebersicht des Ganzen wird durch ein vollständiges Generalprotocoll, welches die chronologische Folge der einzelnen Stücke in den Specialactenbunden nachzeigt, gesorgt.

§. 263.

Von dem Distributionsbescheide und der Beendigung des Concursprocesses.

Sobald das Locationsurtheil durchaus in Rechtskraft übergegangen und alles, was nach demselben vor der Vertheilung der Concursmasse unter die Gläubiger geschehen sollte, wirklich geschehen ist, so steht nun nichts mehr im Wege, um durch die wirkliche Vertheilung der Masse den Concursprocefs zu beendigen 2). Der Richter entwirft nun deshalb ein Schema für diese Vertheilung, worin er genau den ganzen Betrag der Concursmasse angiebt und berechnet, welchen Gläubigern und in wie ferne denselben, nach Anleitung des Locationsurtheils, aus dieser Masse die

1) *Kraft*, praktische Anmerkungen über den Concursprocefs. Erl. 1786. S. 320. folg. *Martin* in seinem Magazine für den Procefs H. I. n. 3.

2) Vorher geschieht in der Regel keine Zahlung, wenn es nicht aufser allem Zweifel beruht, dafs der schon izt Zahlung verlangende Gläubiger gewifs werde befriedigt werden.

Zahlung zu leisten sey. Dieses Schema ist es, welches man mit dem Namen des **Distributionsbescheides** bezeichnet, obgleich dasselbe keineswegs als ein richterliches Erkenntniſs betrachtet werden kann 1). — Zugleich muſs ein Termin zur wirklichen Auszahlung der Gelder angesetzt und eine Ladung auf diesen Termin sämmtlichen Gläubigern nebst dem Distributionsbescheide eingehändigt werden. In Ansehung derjenigen Gläubiger, welche, nach dem Distributionsbescheide, wirklich Zahlungen zu erhalten haben, muſs diese Ladung zugleich die Auflage enthalten, in eigener Person oder durch einen besonders Bevollmächtigten, zu erscheinen, um, gegen Auslieferung der Originalurkunden über ihre Forderungen und gehörige Quittirung, das ihnen gebührende Geld in Empfang zu nehmen 2). In dem angesetzten Termine geschieht nun die Zahlung selbst nach der in dem Locationsurtheile und dem Distributionsbescheide bestimmten Ordnung, worauf jeder Bezahlte entweder unter der Originalurkunde, oder zum Protocolle eigenhändig quittiret.

1) Deswegen kann auch kein Rechtsmittel gegen diese Berechnung ergriffen, und die Fehler derselben können zu jeder Zeit noch verbessert werden.

2) In dieser Ladung auf den Fall des Nichterscheinens die Präclusion von der Masse anzudrohen, scheint mir ein Verkennen der richterlichen Befugnisse zu seyn.

BIBLIOTHECA REGIA MONACENSIS.

Register.

Abläugnung der Urkunden §. 89.
Absonderung in Relationen §. 152.
Abschriften. Was sie beweisen §. 89.
Academiker deren Gerichtsstand §. 43. 44.
Acceptation des Eides §. 91
Acten §. 5.
— — Ordung und Vollständigkeit derselben §. 125.
— — Versendung §. 163.
— — Beschlufs §. 183.
Actuar. Nothwendigkeit §. 27. 28.
— — Oeffentlicher Glauben desselben §. 33.
Adcitation. §. 57. 160.
Adhäsion §. 211.
Advocaten §. 66. folg.
Anwalt §. 59 — 65.
Appellation. Wo sie Statt findet? §. 213.
— — Wirkungen derselben § 214.
— — Processe §. 210.
Apostel §. 210 c.
Armenrecht §. 58 b.
Arrest §. 239.
— — Gerichtsstand desselben §. 41.
— — Procefs §. 240. folg.
Attentate §. 208 b.
Augenschein. Ob er Beweismittel sey §. 80 b.
— — Natur derselben §. 85.
— — Verfahren §. 181. 194.

Beklagter §. 57.
Berichte §. 154.
Bescheinigung §. 229.

Beschwerden gegen den Richter §. 100. 101.
— — gegen Sentenzen §. 209.
Besitz-Process §. 238.
Beweis Begriff desselben §. 80.
— — Mittel §. 84.
— — Interlocut §. 186.
— — Verfahren §. 188 – 207.
— — Artikel §. 190.
— — Antretung §. 188.
— — — — Folgen derselben §. 191.
— — Collision der Beweise §. 205.
— — zum ewigen Gedächtnisse §. 164.
— — im summarischen Processe §. 229.
Cautionen §. 157.
Classificationsurtheil §. 261.
Collegia §. 28.
Collision der Beweise §. 205.
— — der Rechtsmittel §. 28.
Commissionen §. 137.
Communicativ - Schreiben §. 53 b.
Competenz des Richters §. 34 – 53.
— — Prüfung derselben §. 123. 169.
Concurs - Process §. 246 folg.
— — Masse §. 252.
Contradictor §. 258.
Connexion der Sachen 42 a.
Contumacial-Verfahren §. 78. 130. 175. 179. 182. 196. 200.
Cumulation der Klagen §. 167.
— — — Rechtsmittel §. 209 a.
Curator der Concursmasse §. 254.
Decret. Begriff und Unterschied von Sentenz §. 98. 100.
— Abfassung desselben §. 138 folg.
Deductionen. Regeln für deren Abfassung §. 113. 120.
Devolutiv - Effect §. 208.
Difession §. 89.

Disputirsätze §. 203.
Distributionsbescheid §. 263.
Duplik §. 181.

Edition der Urkunden § 198.
Ehehaften §. 130.
Eid. Beweiseide. Begriff und Folgen §. 90 — 95.
— — — Verfahren dabey §. 199.
— für Gefährde §. 69.
— vom Glauben §. 94.
— Erfüllungs, Reinigungseid §. 93.
Eingeständnisse §. 82.
Einlassung §. 82 a. 170. 173.
— — Prüfung derselben §. 176.
Einreden §. 79. 170.
— — zerstörliche §. 172.
— — verzögerliche §. 171.
— — procefshindernde §. 245.
— — in wie fern sie ein Eingeständnifs der Klage enthalten §. 174.
— — gegen die Beweisantretung §. 193.
— — der Sub- und Obreption §. 34.
— — der unrecht gewählten Procefsart §. 100.
Einführung der Rechtsmittel §. 207. 209 a.
Einwendung der Rechtsmittel §. 207. 209 a.
Entsagung auf Rechtsmittel §. 212 b.
Entscheidungsgründe §. 149.
Erfüllungseid §. 93.
Erkenntnifs s. *Sentenz*
Erläuterung des Urtheils §. 101 a. 210 a.
Eröffnung des Urtheils §. 135. 230.
— — des Rotulus §. 202.
Execution der Sentenzen §. 136.
Executiv-Procefs §. 242. 243.

Formalitäten des Processes. Was ihre Versäumung wirke? §. 76.
Fragstücke §. 133. 190.
Fristen §. 78. 126. 127 a.
Fristerstreckungen 127 b.

Geburtsort §. 37.
Gegenbeweis §. 96. 97. 187.
Geistliche. Gerichtsstand §. 43. 44.
— — In wie ferne sie prorogiren können? §. 49.
Gerichtsstände §. 36 — 52.
Gesandte. Gerichtsstand derselben §. 43.
Geschichtserzählung bey Deductionen §. 116.
— — bey Ralationen §. 145.
Gesinde. Gerichtsstand desselben §. 43. not. d.
Geständnisse s. *Eingeständnisse.*
Gewissensvertretung durch Beweis §. 91.
— — Verfahren dabey §. 199.
Gläubiger. Vorladung derselben §. 257.
Güte. Versuch derselben §. 124.

Impugnationsschrift §. 203.
Incidentsachen §. 73.
Inhaesiv - Bescheide §. 99.
Inrotulation §. 163.
Insinuation der Decrete 128.
— — in vim publicati §. 230.
Instanz §. 35.
Instrumente guarentigiirte §. 243.
— — s. übr. *Urkunden.*
Intervenienten §. 57.
Interventionen §. 57.
— — Verfahren dabey §. 158.
Inventarisation §. 255.

Kläger §. 57.
Klaglibell, Abfassung desselben §. 165 – 167.
— — Abänderung und Verbesserung desselben §. 168.
— — Prüfung desselben §. 169.
Kosten des Processes §. 58. a.
Kunstverständige §. 80. b. 85. 181. 194.

Ladungen §. 79. 126.
Legitimation zur Sache §. 56.
— — zum Processe §. 62.
Liquide Beweise s. *Executivprocefs*
Liquidationstermin §. 259.
Litiscontestatio s. *Einlassung*
Litis-Consorten §. 57.
— Denunciatio §. 57.
— — — Verfahren dabey §. 159.
— Reassumtion §. 161.
— Pendenz §. 53.

Mandatsprocefs §. 231 – 235.
Mitleidswürdige Personen §. 45.
Moratorische Verträge §. 249.

Nachlafsverträge §. 249.
Nichtigkeitsklage §. 101 b. 218.
— — Verfahren dabey §. 219.
Nothfristen §. 127 a. 207.
Notoria. In wie ferne sie bewiesen werden müssen? §. 82 b.

Ordinationen §. 236.

Parthieen §. 54. 55.
— Rechtsverhältnifs derselben §. 58 a.
Perhorrescenz-Eid §. 32.

Polizey-Sachen. Unterschied derselben
— — von Justizsachen §. 71.
Positionen §. 178 b.
Prävention §. 52.
Productions-Termin §. 188. 194.
— — Verfahren §. 189 — 193.
Process-Eintheilungen §. 76. 77.
Prorogation der Gerichtsbarkeit §. 49. 50.
Protocolle. Glauben derselben §. 33.
— — Abfassung derselben §. 152.
Provisoria §. 237.

Reassumtio litis §. 161.
Rechtfertigung der Rechtsmittel §. 209 b.
— — des Arrestes §. 241.
Rechtskraft §. 99.
Rechtsmittel gegen Sentenzen §. 99 folg.
— — Verfahren dabey §. 207 folg.
Recognition der Urkunden §. 89.
Reconvention s. *Wiederklage*
Recusation des Richters §. 32.
Regierungssachen §. 71.
Reinigungseid §. 93.
Relationen §. 142. folg.
Relevanzbescheid §. 210 a.
Replik §. 177. 178.
— Prüfung derselben §. 180.
Requisitionen §. 128.
Revision §. 216. 217.
Richter. Fähigkeit desselben §. 29. 30.
— Verdachtsgründe gegen denselben §. 31.
Rotulus §. 124. 202.

Salvationsschrift §. 203.
Schwörungstermin §. 206.
Sicherheitsleistung §. 157.
Suspensiv-Effect der Rechtsmittel §. 208 a.

Tagefahrt. *Termin s. Frist.*
Triplik §. 184.

Ungehorsam s. Contumacialverfahren.
Urkunden §. 88. 89.
— Beweisverfahren §. 189. 195.
Urtheile. Unterschiede von Decreten §. 98. 100.
Vermuthungen. Theorie derselben §. 81.
Verwaltung. Gerichtsstand der geführten §. 40.
Vollmachten §. 62. 63.
Vollstreckung s. Execution.

Wiedereinsetzung in den vorigen Stand §. 220.
— — quae datur brevi manu §. 130.
Wiederklage §. 42 b. 162.
Wohnort, Gerichtsstand desselben §. 37.

Zeugen §. 85. 86.
— Beweisverfahren §. 189. 190. 195.
Zurückschiebung des Eides §. 91.

Schinne

BSB Bayerische StaatsBibliothek
MDZ Münchener DigitalisierungsZentrum Digitale Bibliothek

Grolman, Karl Ludwig Wilhelm von,

Theorie des gerichtlichen Verfahrens in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten

Gießen u.a. 1819

J.pract. 97 m
urn:nbn:de:bvb:12-bsb10554140-4